

# **Libertés Publiques**

## **Introduction**

### **A – Qu'est-ce qu'une liberté publique ?**

#### 1) Le mot liberté

Définition du dictionnaire Littré : « *Liberté, condition de homme qui n'appartient à aucun maître* », et encore « *pouvoir d'agir ou de n'agir pas* ».

La liberté est un pouvoir d'autonomie ou d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel.

Burdeau :

- Liberté autonomie : absence de contrainte, se traduit alors par le sentiment d'indépendance.
- Liberté participation : faculté de participer à l'établissement des règles nécessaires au maintien de l'ordre social. L'individu n'est plus un sujet mais un citoyen
- Liberté politique : la situation de l'individu qui n'est socialement soumis qu'à sa volonté, c'est à dire qui participe, de manière plus ou moins directe, au gouvernement.

Le grand mérite du raisonnement de Burdeau est de nous montrer la dimension sociale essentielle de la liberté. En devenant politique, la liberté tend à perdre ce caractère individuel qui lui appartenait en tant qu'autonomie de la personne. Elle devient une liberté de caractère collectif.

Cette socialisation de liberté lui insuffle un dynamisme qu'elle ne comportait pas aussi longtemps qu'elle était une affaire strictement individuelle. La liberté est à l'égard de l'Etat passive, négative. Elle limite son action et borne ses prétentions. La liberté des groupes est nécessairement revendicatrice. Or pour réaliser de telles exigences, de telles revendications, de tels droits, l'abstention de l'Etat ne suffit plus. C'est au contraire son intervention qui est nécessaire : il faudra mettre en place une action positive, créer, animer des services publics et donc, la liberté change de visage pour devenir plus active.

#### 2) Le mot publique

Le mot « publique » sous-entend l'intervention du pouvoir. Pour les libertés publiques, c'est l'intervention des pouvoirs publics pour la reconnaître et la ménager.

### **B – Distinction des libertés publiques et des droits de l'homme**

#### 1) Elles ne se situent pas au même niveau

*Droits de l'homme :*

- relève de la doctrine du droit naturel : l'homme possède un ensemble de droits inhérents à sa nature et que l'on ne peut méconnaître, même ignorés, bafoués les droits de l'homme n'en subsistent pas moins.
- se situent en dehors, ou plutôt au-dessus des institutions, du droit positif.

*Libertés publiques :*

- droits reconnus protégés, aménagés par les institutions.
- se situent donc à l'intérieur du droit positif.

#### 2) Elles n'ont pas le même contenu

*Trois générations successives de droits de l'homme :*

- Les droits de la première génération : simples pouvoirs d'autodétermination qui n'exigeaient qu'une abstention de la part de l'Etat.
- Les droits de la seconde génération : plus collectifs, plus concrets qui se ramènent à des créances sur la société. On a reconnu plus récemment que nature humaine exigeait autre

chose, un minimum de sécurité matérielle (la protection de la santé ou la possibilité de trouver un emploi rémunéré), mais aussi un minimum de développement intellectuel (lié à l'accès à l'enseignement, à culture, à l'information). Les pouvoirs publics sont donc tenus d'agir.

- Les droits de la troisième génération de droits : moins affirmée, moins reconnue (le droit à l'environnement, le droit de la paix) mais assez exigeante vis à vis des pouvoirs publics.

Ces deux dernières générations de droits de l'homme, aussi essentiels que ceux qui avaient été initialement reconnus, s'en distinguent pourtant profondément d'un point de vue juridique. Ils confèrent à leur titulaire non pas un pouvoir de libre action mais une créance contre société qui est tenue de fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publics nombreux : sécurité sociale, ANPE. Ces créances, ces droits, ne constituent donc pas des libertés autonomes mais des libertés participation.

De cette distinction, il faut retenir que tous les droits de l'homme, même reconnus par le droit positif, ne sont pas susceptibles de fonder une liberté publique.

### **C – Spécificité du droit des libertés publiques**

Monopole du législateur et théorie de la voie de fait sont les éléments qui permettaient à la doctrine classique de cerner le régime juridique singulier des libertés publiques.

#### 1) Compétence exclusive du législateur

Tout d'abord, seul le législateur était compétent (le Parlement) en matière de libertés publiques, pour leur réglementation. Cela excluait de ce processus le pouvoir exécutif, le pouvoir réglementaire et donc le gouvernement au sens large. Seule la loi peut traiter des libertés publiques à l'exclusion de tout autre norme inférieure. Une tradition fondée sur les termes de la DDHC de 1789. Aujourd'hui, le législateur a conservé son monopole. La Constitution de 1958, dans son article 34, reprend cette tradition puisque place en tête de la liste des matières réservées au législateur, les garanties fondamentales reconnues aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

#### 2) La voie de fait

Il y a voie de fait lorsque l'administration par une mesure ou une action gravement illégale porte atteinte aux libertés fondamentales ou au droit de propriété.

*Irrégularité particulièrement grave, qui dénature l'acte et lui fait perdre, de fait, son caractère administratif :*

- voie de fait par manque de droit : la gravité trouve son origine dans la décision administrative, même si son exécution est normale. Ex : l'ordre de retirer son passeport à une personne pour de simples motifs fiscaux ne peut manifestement pas se rattacher à un pouvoir normal de l'administration en matière de recouvrement des impôts directs.
- voie de fait par manque de procédure : l'irrégularité se trouve dans les conditions d'exécutions matérielles de la décision même si celle-ci est légale. Ex : l'exécution forcée d'une réquisition sur la base d'une loi qui ne prévoyait pas cette procédure.
- voie de fait à la fois dans la décision elle-même et dans son exécution forcée. Ex : Tribunal des Conflits de 1935 Action Française. Il s'agissait d'une saisie de journal qui était tout à fait disproportionnée déjà et saisie accompagnée d'une exécution d'office qui n'était aucunement justifiée par un caractère d'urgence.
- absence totale de titre juridique justifiant les agissements matériels de l'administration, c'est-à-dire l'absence de décision donnant un fondement juridique à l'intervention de l'administration. Ex : une expulsion des occupants d'un immeuble sans ordre préalable d'exécution.

*Irrégularité particulièrement grave porte atteinte au droit de propriété mobilière ou immobilière ou aux libertés fondamentales :*

C'est là que le régime de la voie de fait concerne pleinement les libertés publiques.

*Limites à la notion de voie de fait : la notion de circonstances exceptionnelles.*

Décision TC 27 Mars 1952 Dame La Murette. C'est une femme qui fut arrêté sans aucune justification, sans aucun titre entre Septembre 1944 et Février 1945. Durant cette détention de plusieurs mois, elle n'a rencontré aucun juge, on ne l'a jamais interrogé et bien évidemment, elle a porté cette affaire, après sa libération devant le juge judiciaire mais le préfet a élevé le conflit et c'est le Tribunal des Conflits qui a eu à se prononcer. Il a considéré que les circonstances de l'époque faisaient que l'autorité avait beaucoup de mal à se faire reconnaître et que la détention de Mme de La Murette n'était pas une voie de fait mais une simple irrégularité administrative somme toute excusable.

*Conséquences de la voie de fait :*

Le juge judiciaire :

- dispose d'une plénitude de juridiction
- seul compétent pour faire cesser une voie de fait
- dispose de la procédure du référé, c'est à dire que son intervention viendra en urgence
- peut adresser des injonctions (référé préventif) à l'administration lui interdisant des agissements susceptibles de créer des voies de fait
- ses différentes injonctions peuvent être assortis d'astreintes, des sommes considérables qui doivent être payées par jour ou demi journée de retard.
- seul compétent pour condamner l'administration à la réparation de l'ensemble des dommages résultant de la voie de fait.

### 3) Nouveaux aspects du régime des libertés publiques :

Conseil Constitutionnel, Liberté d'association (1971) : les libertés publiques atteignent non plus un simple niveau législatif mais un niveau constitutionnel : elles s'imposent au législateur lui-même.

Consécration internationale et elles rejoignent sur ce plan les droits de l'homme.

## **D – Panorama des libertés publiques**

*La sûreté :*

Terme désuet, synonyme de liberté individuelle se traduit par la certitude pour le citoyen d'être à l'abri d'une arrestation ou d'une détention illégale ou tout autre forme arbitraire de répression.

*Libertés de la personne physique :*

- liberté individuelle
- liberté d'aller et venir
- respect de la vie privée
- inviolabilité du domicile
- 

*Libertés de pensée :*

- libertés d'opinion ou de conscience
- liberté d'expression
- libertés de réunion, d'association, de manifestation.

*Libertés sociales et économiques :*

- liberté sociale
- liberté du travail
- liberté du commerce et de l'industrie
- liberté du droit de grève, la liberté syndicale.

## **Thème 2 : Proclamation et évolution des droits de l'homme**

### **I. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**

- influence déterminante de Rousseau avec Du contrat social publié en 1762
- texte court mais influence considérable.

- fait partie de notre droit positif puisque la Constitution de 1958 affirme dans son préambule. Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale, tels qu'ils ont été définis par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- depuis sa décision du 16 Juillet 1971, le Conseil Constitutionnel en a fait la pièce maîtresse du bloc de constitutionnalité.

## **A – Les sources de la Déclaration**

La mythologie politique a longtemps présenté la déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme un commencement absolu, un point de départ, le début d'une ère nouvelle, en rupture totale avec le passé. Mais en réalité, les constituants de 1789 ont été des héritiers ; ils n'ont pas construit de manière abstraite, sur la table rase.

### 1) Sources lointaines

#### a) L'apport chrétien

*On ne peut pas déceler une influence chrétienne directe :*

Sans doute, contrairement aux déclarations américaines, la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne procède pas d'une inspiration religieuse. La vague référence à l'être suprême, que l'on rencontre dans ces premières lignes, fait figure de simples clauses de style dans la mode de l'époque, beaucoup plus que de credo ou d'acte de foi.

*Premier apport : Egalité, par conséquent universalisme :*

Tout d'abord, la notion même de droits de l'homme suppose une civilisation dans laquelle la dignité de la personne humaine fait figure d'évidence aveuglante. Sa dignité, l'homme, selon l'enseignement chrétien, tient tout à la fois de son origine et de sa fin. Créé par Dieu et à l'image de Dieu, appelé à une destinée éternelle qui transcende toutes les appartenances temporelles, origine et fin étant communes à tous, tous participent également à la dignité qu'elle fonde.

*Deuxième apport : base à la limitation du pouvoir :*

Dans la conception antique, on est volontiers unanimiste, presque totalitaire. Les évangiles mettent en avant une autre formule « rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu ». Dans l'apport chrétien, il y a donc maintenant cette limite opposée au pouvoir par la conscience individuelle.

#### b) L'école du droit de la nature et de gens

Cette école prolonge certaines élaborations doctrinales antérieures, notamment, les travaux de Suarez et de Vitoria mais le grand nom de l'école du droit de la nature et des gens, c'est Grotius. Pour Grotius, au contraire, le droit naturel est connaissable en dehors de toute référence à un principe surnaturel. Grotius et l'école du droit naturel diffusent largement deux thèses qui seront reprises et exploitées jusqu'à la déclaration de 1789 :

- l'état de nature a précédé la formation de la société. L'homme n'y est soumis à aucune autorité, il y est libre et la société va naître d'un accord entre les hommes désireux de sortir de cet état de nature
- le contrat social qui est le fondement de toute société humaine organisée.

Ainsi apparaît l'idée que l'homme tient de la nature des droits fondamentaux qu'ils conservent en vertu du contrat social au sein de société, et ces droits fondamentaux sont opposables au pouvoir.

### 2) Sources directes

La philosophie des Lumières avec Rousseau :

L'influence de Rousseau se rencontre dès l'article 1<sup>er</sup> de la déclaration des droits de 1789 « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ». La pensée de Rousseau met en avant en effet cette égalité qu'il juge essentielle et qui doit rendre impossible la subordination de l'homme à un autre homme. Dans la société égalitaire proposée par Rousseau le pouvoir se trouve dans la volonté générale. Cette volonté générale, à l'époque moderne se traduit par le

vote de la loi ; la loi est l'expression de la volonté générale et on remarquera dans la déclaration de 1789 une place très importante laissée à la loi.

## **B – Le contenu de la Déclaration**

Le préambule de cette déclaration est assez révélateur de l'intention de ses auteurs. La déclaration de 1789 ne crée rien. La déclaration expose, déclare, rappelle des droits qui existent parce qu'ils font partie de la nature de l'homme, il suffit donc de constater cette existence. Tous ces droits se présentent comme un code de droit individuel : l'individu est d'ailleurs la fin de la société.

### a) Les droits des citoyens :

- La souveraineté nationale (article 3 et article 6)
- La séparation des pouvoirs (article 16)
- Le consentement à l'impôt (article 14)
- La Responsabilité des autorités publiques (article 15)

### b) Droits de l'homme proprement dits :

L'article 2 donne une énumération de ces droits :

#### *La liberté :*

Définie aux articles 4 et 5, fidèlement inspirés de Montesquieu qui avait écrit « la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent. »

- liberté physique (article 7)
- liberté d'opinion et de la conscience (article 10)
- liberté de pensée (article 11)

#### *La propriété :*

Était essentielle pour ces bourgeois de 1789 qui vont lui donner une garantie solennelle à l'article 17.

#### *La sûreté :*

Garantie contre les arrestations et les pénalités arbitraires est proclamée à l'article 7 et à l'article 8.

Le principe de la non rétroactivité de la loi est donc dans notre tout premier texte politique de 1789.

#### *La résistance à l'oppression :*

Conséquence logique de la théorie des droits naturels, mais, assez normalement, les constituants se garderont de tirer des conséquences précises de ce droit de résistance à l'oppression.

### c) L'égalité :

A côté des droits naturels, l'égalité. Bien qu'elle ne soit pas un droit naturel, l'égalité est tout de même une des bases de la déclaration. De la proclamation de l'article 1 « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* », les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune, la déclaration déduit des aspects précis.

- égalité devant la loi et la justice se complète par celle dans l'admission aux emplois publics, énoncée toutes les deux à l'article 6
- égalité devant l'impôt qui figure à l'article 13

## **C – La portée de la Déclaration**

### 1) Abstraction et universalisme

Par le vocabulaire employé : l'homme, le citoyen, la volonté générale, la société.

Concepts qui ne se réfèrent à aucune situation particulière, précise, concrète.  
C'est là que la déclaration française se distingue des précédents américains.

Rien de tel, la déclaration de 1789 n'est pas située dans le temps.

Les libertés seraient simplement des libertés formelles, privées de tout contenu concret pour ceux qui n'ont pas les moyens de leur mise en œuvre. Leur apparence abstraite cacherait les libertés d'une classe : la bourgeoisie de 1789 et la déclaration ne serait que la manifestation de sa domination.

On reprochera aussi à la déclaration de 1789 de n'exiger qu'une abstention de la part de l'Etat et de n'avoir défini qu'un statut négatif de l'homme sans fixer les prestations positives que la société doit fournir aux citoyens.

## 2) Les aspects concrets

Ces objectifs figuraient avec insistance dans les cahiers de doléances que chaque député avait avec lui au début des Etats Généraux. Son abstraction n'est qu'apparente ; elle dissimule, en fait, une extrême précision. Chacun des 17 articles est en réalité le rejet d'une règle bien déterminée de l'ancien droit.

Quant au manque de garantie des droits qu'on lui impute. Les constituants n'ignoraient pas que la proclamation des libertés ne suffit pas à en assurer le respect mais selon eux il s'agit de deux opérations distinctes. La proclamation des droits est une chose, la garantie de ces droits doit être le fait non pas de la déclaration mais de la constitution qui doit suivre cette déclaration.

## **II. Les autres grands textes :**

### 1) Déclaration des droits de 1848

La Constitution de 1848 sera précédée d'un préambule où l'on retrouvera quelques vapeurs de l'enthousiasme de Février mais où surtout la prudence se manifeste. On assiste à l'émergence de droits plus collectifs. C'est d'ailleurs la deuxième République qui a ajouté la fraternité à liberté et égalité dans la devise qui figure au fronton des monuments publics. On est plus solidaire, on est plus collectif. C'est pourquoi un second terme apparaît c'est celui de la famille, le préambule lui fait une place particulièrement importante puisqu'il la considère comme la base même de la République.

Mais, pour le reste, c'est un peu décevant. Le droit du travail que l'on attendait au mois de Février 1848 apparaît bien dans le texte voté à l'automne mais l'enthousiasme a été refroidi par les journées de Juin : on ne veut plus proclamer solennellement le droit de tous au travail. Le préambule se contente d'assurer l'existence des citoyens nécessiteux en obligeant l'Etat à leur procurer du travail dans les limites de ses ressources. Donc rien de très conséquent.

### 2) Préambule de la Constitution de 1946

La seconde génération des droits apparaît en 1946. Le préambule de la Constitution de 1946 contient 2 parties d'inégales importances :

- un rappel des textes de 1789 et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.
- certains principes politiques, économique et sociaux

Par rapport à 1789, on a ajouté :

- le principe de l'égalité de l'homme et de la femme
- le droit d'asile
- surtout des principes économique et sociaux (travail, action syndical, droit de grève)

Le préambule prévoit une nouvelle organisation de l'économie : la planification, les nationalisations. Et puis le droit à une existence décente en général :

- le droit à solidarité nationale
- droit à l'instruction et à la culture

- à la formation professionnelle

Ce préambule de 1946 se complète par une référence au droit international.

Les oublis :

- la liberté de l'enseignement
- le droit de propriété

### 3) Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948

On rappellera le vote par l'assemblée des Nations Unies en 1948 d'une déclaration universelle des droits de l'homme, texte très complet, important. Mais dont Madame Eléonore Roosevelt, présidente du comité de rédaction de cette déclaration universelle, disait que « *ça n'était pas un traité, ce n'était pas un accord international, c'est un texte qui n'a pas et ne vise pas à avoir la force d'une loi : c'est une simple déclaration de principe sur les droits et les libertés fondamentales de l'homme.* » Ce texte ne peut donc pas être invoqué devant les juridictions internes. Il en va autrement de la proclamation des droits au niveau européen qui fera l'objet d'une leçon.

## **III. La valeur reconnue en France aux déclarations et préambules**

*Sous la 3<sup>ème</sup> République :*

- les uns pensaient que les déclarations avaient une valeur supra constitutionnelle.
- pour d'autres il s'agissait de simples déclarations de principe.
- 

*Sous la 4<sup>ème</sup> République :*

Le CE a été amené à trancher dans l'affaire DEHAENE de 1950. Il s'agissait de chefs de bureau des préfectures qui avaient été révoqués parce qu'ils avaient fait la grève. Le CE les a déboutés en disant que le principe était que le préambule n'était pas un texte juridique d'application directe par lui même mais que ses dispositions pouvaient néanmoins être considérées comme des principes généraux du droit, donc, en définitive, applicables.

*Sous la 5<sup>ème</sup> République :*

Le Conseil Constitutionnel donne sa pleine valeur, sa valeur constitutionnelle au texte de 1789, comme à celui de 1946.

## **Thème 3 : La compétence et les choix du législateur**

(Les libertés publiques et la loi I)

### **i. Notion de loi ou La justification de la compétence législative**

Pourquoi la loi est elle si fondatrice ?

Parce que, comme l'a écrit Jean Jacques Rousseau, « *la loi est l'expression de la volonté générale* » et on donne donc la préférence à la loi, on la charge de définir et de garantir les libertés en raison de données formelles et de données matérielles.

## **A – Données formelles**

### 1) L'organe d'élaboration de la loi offre toutes les garanties

Parce qu'elle émane soit du peuple lui-même ou plus exactement par une assemblée élue par le peuple.

On sait que l'art 34 de la Constitution définit la loi comme « *l'acte voté par Parlement* ». C'est cette origine démocratique qui fonde la confiance que tradition libérale met dans la loi. Les députés ou les sénateurs, qui, sous la 5<sup>ème</sup> République votent la loi sont élus et, concrètement, on peut penser qu'un élu, qu'un politique hésitera à braver l'impopularité, à sabrer sa carrière politique, à compromettre sa réélection par des mesures qui atteindraient trop à la liberté de ceux qui les ont élus.

## 2) La procédure d'élaboration de la loi offre toutes les garanties

Cette procédure réglementaire est longue, mais justement, la loi n'est votée qu'au terme d'un débat public qui a permis à tous les groupes parlementaires de s'exprimer. Les assemblées ayant été consultées, ayant donné leur avis, on aura pu voir tel ou tel défaut, mettre en relief un manque de garanties ici ou un excès ailleurs. Cette lenteur empêche des mesures brutales, prises sous le coup de l'émotion, nées d'une crise et le législateur est tenu d'avoir un certain recul par rapport à l'événement. En outre, la loi, par la lourdeur et la lenteur de sa procédure agit doucement, elle protège les statuts quo, on fait attention lorsqu'on la vote au maintien de situation acquise.

## **B – Données matérielles**

### 1) La loi est la même pour tous

Règle posée par l'art 9 de la DDHC de 1789. Personne, dans ces conditions, ne peut avoir intérêt à édicter une loi oppressive. L'égalité est inhérente au principe de légalité. Certes, il s'agit d'une conception tout à fait idéale, il existe, on le sait bien, des lois qui visent à avantager telle ou telle catégorie, qui visent à mettre fin à telle ou telle injustice supportée par une partie de population et tout le monde doit donc mettre la main au porte monnaie. Ex : les catastrophes naturelles.

### 2) La non rétroactivité de la loi

Règle du droit positif, formulée déjà à l'art 8 de la DDHC. Principe repris de façon encore plus générale par l'art 2 du Code Civil.

La loi a perdu un peu de son prestige. Elle n'est certainement pas ce qu'imaginait Rousseau ou les hommes de 1789, on le voit bien au fil des régimes politiques, la loi n'est pas l'expression de la volonté générale mais simplement l'expression du courant majoritaire au Parlement qui est dirigé, très largement par le gouvernement c'est-à-dire le pouvoir exécutif. Mais le principe demeure que la loi est le fondement de la liberté. Mais, en même temps, elle en trace les limites.

## **ii. Le choix du législateur**

### 2) Régime répressif

Malgré la résonance quelque peu sévère ou la connotation péjorative du mot répressif, d'après la tradition libérale, c'est le seul régime pleinement conforme aux exigences de la liberté.

Le fondement de ce régime répressif se trouve encore une fois dans les articles 4 et 5 de la DDHC de 1789. Le principe du régime répressif c'est la règle fondamentale d'après laquelle la liberté est le principe, la restriction ou l'interdiction de la liberté est seulement une exception. Tout ce que la loi pénale notamment n'interdit pas est donc permis, licite, légal. Il met en œuvre le législateur, seul compétent pour fixer les délits et les peines, et accessoirement, le juge qui statue sur les infractions. En revanche, le pouvoir exécutif, ennemi par définition de la liberté, se trouve totalement mis à l'écart.

Il permet l'exercice immédiat de la liberté. Rien, aucune démarche, aucune formalité ne vient en retarder l'exercice et surtout ce système assure la sécurité juridique.

Le meilleur exemple de régime répressif, fourni par le droit positif est offert par le régime de la presse.

### 3) Régime préventif

Dans le cas du régime préventif, l'individu qui désire utiliser une liberté devra solliciter de l'administration le plus souvent une autorisation avant de faire usage de cette liberté. L'un des plus connus est celui fourni par la liberté cinématographique. Autre ex : permis de construire, permis de conduire.



On notera que, de ce point de vue, le législateur est seul compétent pour prévoir telle ou telle autorisation. En l'absence d'une loi dans ce domaine, l'administration ne peut pas de son propre mouvement de sa propre autorité édicter un régime d'autorisation préalable (Conseil d'état, arrêt DAUDIGNAC de 1951).

Ces autorisations préalables n'émanent pas simplement de la loi, de l'administration mais, de plus en plus, ces autorisations émanent d'autorités administratives indépendantes comme par exemple le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. Ce régime préventif tend donc à encadrer à l'avance l'exercice d'une liberté or donner un droit regard à l'administration, c'est restreindre les libertés.

#### 4) La déclaration préalable

Régime intermédiaire. Avant d'user d'une liberté déterminée par la loi, l'individu ou le groupement de personnes doit en informer l'administration ou une autorité judiciaire. Ex : Avant toute manifestation sur la voie publique par exemple, il faut déclarer auprès de l'autorité administrative le lieu de l'administration et éventuellement son itinéraire. Si l'autorité administrative juge que la manifestation risque de troubler l'ordre public, elle pourra l'interdire. L'application peut être la plus connue du régime de la déclaration préalable est le régime des associations.

##### L'exemple de l'association :

Ce n'est qu'au début du 20<sup>ème</sup> siècle que la liberté d'association a été reconnue comme telle en vertu de la célèbre loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1901.

Les associations sont très nombreuses (entre 700 et 800.000 en France). On trouve des associations dans à peu près tous les secteurs de la vie :

- dans le secteur sanitaire et social
- dans le secteur sportif
- dans le secteur du tourisme.

Mais, la vie politique, elle aussi, n'échappe pas à la contrainte associative. Les partis politiques en France revêtent la forme d'associations. Des associations un peu particulières que l'on va mettre à part tout de suite parce que des lois de 1988, de 1990, de 1995 ont accordé un véritable statut aux partis politiques français et les rapprochent plus de syndicats que d'associations dans la mesure où ces partis politiques reçoivent désormais un financement public de l'Etat.

##### *Trois types d'association :*

- les associations non déclarées : ne disposent pas de la personnalité morale, elles n'ont pas de patrimoine et, en principe, ne peuvent pas agir en justice
- les associations déclarées : déclarées auprès de la préfecture ou de la sous-préfecture avec dépôt des statuts en double exemplaire. Un récépissé est automatiquement délivré et on notera que le refus de délivrance du récépissé par le préfet est illégal.
- les associations d'utilité publique : bénéficient d'une reconnaissance d'utilité publique décernée par décret en Conseil d'Etat et bénéficient en conséquence d'une capacité juridique beaucoup plus étendue.

Un peu à part les associations étrangères et les associations religieuses.

##### *Les associations illicites :*

La loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1901 a prévu dans son article 3 que « *toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite* (contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement) *est nulle et de nul effet* ». Ce sont les juridictions judiciaires qui prononcent l'annulation, et en l'espèce, les tribunaux de Grande Instance. Il existe aussi des dissolutions administratives, sous le contrôle du juge administratif, d'associations.

##### *Contrôle des associations :*

On notera que si, les associations peuvent recevoir des subventions de la part de l'Etat ou des collectivités locales, leur budget est de plus en plus encadré. Il existe en effet de nombreux groupements qui empruntent la forme d'associations au lieu de celle de sociétés commerciales. Elles veulent avoir la facilité de l'association, le défaut de contrôle de l'association, la liberté de

l'association mais pour faire des actes commerciaux et percevoir au passage des subventions. C'est ainsi qu'il peut y avoir des dérapages. Ex : les clubs de football.

Il y a aussi le problème de la responsabilité des dirigeants. La responsabilité morale des personnes morales, donc des associations, constitue la plus grande innovation du nouveau Code pénal de 1994.

Droit de regard, de surveillance, un contrôle de la Cour des comptes sur les associations faisant appel à la générosité publique. Ex : association de lutte contre le cancer, l'ARC.

#### **Thème 4 : Le Contrôle de Constitutionnalité**

(Les libertés publiques et la loi II)

La proclamation des grandes libertés publiques a été à l'origine du mouvement qui a conduit à l'établissement de Constitution et nous avons vu dans les leçons précédentes combien les deux notions étaient liées. Mais la tentation est grande pour les gouvernants d'entraver les principes constitutionnels. La protection de la Constitution passe par sa reconnaissance comme norme suprême dont les violations sont sanctionnées. Et comme la Constitution est la garantie des libertés publiques, la protection de ces libertés passe par celle de la Constitution. Il y aurait donc une hiérarchie des normes qui s'imposerait (Kelsen). Des sanctions politiques et des sanctions juridiques ont été envisagées, tour à tour, les secondes l'emportant sur les premières à la dernière période.

##### *Sanctions politiques :*

Mécanismes destinés à réprimer des débordements du pouvoir exécutif qui, disposant de l'armée, de la police, de l'administration, présente contre les libertés, un danger constant :

- Impeachment en Angleterre : mise en accusation par une des chambres du Parlement, jugement par l'autre.
- En France : la Haute Cour de Justice, composée de 12 députés et 12 Sénateurs pour juger le Président de la République en cas de haute trahison. Les ministres relèvent, pour leur part, de la Cour de justice de la République.

Ces procédures sont peu maniables, disproportionnées et largement de faux-semblants. Inemployé depuis 1805, l'impeachment anglais n'est toujours pas sorti de sa léthargie. Aucun président français n'a jamais été mis en accusation devant la Haute cour de justice et si la Cour de justice a condamné un ministre à une peine symbolique dans l'affaire du sang contaminé, elle a épargné ses co-accusés. danger, on a imaginé des sanctions juridiques.

##### *Sanctions juridiques :*

Prennent la forme du contrôle de constitutionnalité. Celui-ci ne peut fonctionner évidemment qu'au profit de Constitution formelle, écrite, rigide. Le principe de ce contrôle est de faire constater par un organisme approprié qu'un acte juridique a été pris par une autorité publique en violation de la Constitution. Si cette constatation en est faite, l'acte litigieux est privé de fondement, n'a plus de force obligatoire.

### **I. Le modèle américain**

#### 1) Le débat initial

Le contrôle de constitutionnalité des lois est en effet une invention américaine, mais paradoxalement la Constitution de 1787 ne le mentionne pas. Pour rallier tous les points de vue, les constituants ont installé un pouvoir judiciaire fort, dominé par la Cour Suprême sans aller jusqu'à affirmer un contrôle de constitutionnalité.

#### 2) L'affaire Marbury contre Madison (1803)

Vers l'extrême fin de son mandat, en 1800, avant l'élection présidentielle, le président sortant Adams, du parti fédéraliste, a désigné 42 magistrats, parmi lesquels Marbury. Mais la roue politique a tourné et l'élection présidentielle de 1800 a marqué une rupture et a amené au pouvoir le parti adverse. La nouvelle administration américaine du président Jefferson et de son secrétaire d'état, Madison ne mit aucun empressement à délivrer les notifications nécessaires pour que les juges, nommés par le président Adams puissent exercer leur fonction. C'est alors

qu'en fin juriste, Marbury saisit la Cour Suprême en invoquant une loi de 1789 afin que cette cour contraigne l'administration à s'exécuter. La Cour Suprême de l'époque était présidée par John Marshall plutôt favorable aux thèses fédéralistes, mais qui se trouvait dans situation délicate. La cause de Marbury semblait inattaquable. C'est donc pour se tirer de ce mauvais pas que la Cour, sous l'impulsion de John Marshall, a inventé le contrôle de constitutionnalité.

Il s'agissait en fait d'évacuer ce problème embarrassant et il faut bien reconnaître qu'en l'espèce, la Cour a démontré une très grande habileté. Certes, accorde-t-elle, la légalité des actes du gouvernement peut être appréciée par les tribunaux et à cet égard, Marbury, régulièrement nommé, a le droit d'être installé dans son poste mais le cœur de la question consiste alors à déterminer qui doit obliger l'administration à délivrer la confirmation nécessaire. Il est vrai que la loi de 1789 invoquée par Marbury, à l'appui de sa requête paraît promettre cette charge en première instance à la Cour Suprême mais la Constitution décide que la Cour Suprême n'est pas une instance de première instance mais une instance d'appel.

Les deux textes sont donc contradictoires, ils nous disent deux choses différentes et incompatibles. Et, à ce niveau, Marshall va utiliser une figure de rhétorique pour imposer son opinion. Ou bien, nous dit-il, la Constitution est supérieure à la loi, ou bien elle est du même niveau que la loi, mais dans ce cas, si une loi peut bafouer la Constitution, la Constitution devient inutile. La deuxième hypothèse est évidemment absurde, c'est la première qu'il faut retenir, la Constitution est supérieure à la loi, et en l'espèce la Constitution est supérieure à la loi de 1789 qui doit être écartée. Elle est inconstitutionnelle inapplicable en l'espèce.

L'alternative présentée par Marshall semble imparable, le lecteur de la décision a l'impression qu'il ne peut pas échapper à la manière dont la question est posée et il se sent obligé de répondre comme la Cour y répond elle-même. Toutefois, il faut lire entre les lignes et découvrir que ce raisonnement a quelque chose de spécial. Ce que la Cour omet soigneusement de dire, c'est que la Constitution n'a pas organisé un tel contrôle et n'en a d'ailleurs pas chargé les juges. Si la Cour Suprême s'empare de ce pouvoir, elle ajoute au contenu du texte constitutionnel, ce qui est un moyen bien singulier de le défendre. Toutefois, la solution ainsi dégagée donnait satisfaction à Marbury, satisfaction toute platonique et ne heurtait pas de front Jefferson et Madison qui n'y ont vu que du feu et au passage, la Cour Suprême et dans son sillage tous les juges américains s'arrogeaient le droit de vérifier la conformité des lois à la Constitution, ce qui incluait la possibilité d'interpréter largement cette dernière. Le contrôle de constitutionnalité, par voie d'exception, s'imposait.

### 3) Les caractères du contrôle américain

*Ce contrôle est dit incident :*

Il se présente, en effet, comme un incident de procédure, un procès dans le procès.

Il permet à n'importe quel justifiable de contester devant une juridiction ordinaire la conformité d'une loi à la faveur d'une exception d'inconstitutionnalité. C'est pourquoi le contrôle est appelé aussi contrôle par voie d'exception.

*Ce contrôle est dit aussi diffus :*

Toutes les juridictions peuvent être concernées. Il n'y a pas une cour spécialisée, tous les juges du pays sont les bénéficiaires de cette procédure. Et il appartient donc au juge, quel qu'il soit, saisi du fond d'une affaire, de se prononcer sur la régularité de la loi. Si le juge retient l'argumentation du plaideur, il n'annule pas la loi litigieuse, il se contente de ne pas l'appliquer, de l'écarter de la solution du différend qu'il a à traiter. Sa décision n'a que l'effet de l'autorité relative de la chose jugée. Elle n'a de valeur, elle ne s'impose qu'entre les parties au procès.

*Ce contrôle est a posteriori :*

Il n'intéresse que des lois déjà promulguées, déjà entrées en vigueur, parfois depuis longtemps.

Deux autres mécanismes plus marginaux pour vérifier la conformité des lois à la Constitution :

- l'injonction par laquelle un justiciable demande à un tribunal d'interdire à un fonctionnaire d'exécuter une loi qui lui porte préjudice parce que contraire à la Constitution
- le jugement déclaratoire apparu plus récemment et s'analyse en une sorte de consultation juridique destinée à désamorcer de futurs procès.

### 4) Le rôle de la Cour Suprême

Mais la marge que la Cour Suprême s'est reconnue dans l'interprétation de la Constitution que l'on a souligné il y a un instant a conduit à des dérapages, à des débordements.

Si dans un premier temps, après ce coup d'éclat de l'affaire Marbury contre Madison, la Cour est restée de nombreuses années dans une prudente réserve, à partir des années 1890, elle s'est lancée dans un combat d'arrière garde contre les réformes au nom d'une conception un peu dépassée du libéralisme et elle a utilisé diverses formules très vagues pour faire dire à la Constitution beaucoup plus que ce que celle-ci signifiait et annulé, mettre à l'écart quantité de lois.

C'est lorsque la Cour Suprême s'est attaquée à la législation voulue par Roosevelt qu'elle a connu un coup d'arrêt, ce que l'on appelait le gouvernement des juges a du cesser.

Du reste, la Cour, surchargée d'affaires, rend souvent des jugements de Ponce Pilate en éliminant une bonne part des requêtes avec une grande désinvolture.

## II. **Le contrôle de constitutionnalité des lois en France**

### 1) Les balbutiements

*La « jurie constitutionnaire » de Sieyès :*

La tradition française est hostile au contrôle de constitutionnalité. Ce contrôle avait pourtant des défenseurs au premier rang desquels le fameux SIEYES. Lors du débat qui allait conduire au vote de la Constitution de l'an III, Sieyès proposa un jury constitutionnaire. Mais Sieyès a déchaîné une véritable levée de boucliers, ce pouvoir apparaissait comme monstrueux, on voulait donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître.

*Les Sénats conservateurs :*

En effet, le Sénat, dit conservateur de la Constitution, et qui n'était composé que de dignitaires nommés par l'exécutif se vit accordé le soin de sanctionner les actes inconstitutionnels. Cette expérience fut malheureuse, le Sénat a été non seulement docile mais servile. Non seulement, il n'invalidé aucune mesure inconstitutionnelle mais il se révéla comme plus actif vers la marche en direction du « césarisme » et de la dictature.

Et un scénario à peu près identique a pu être observé avec le Sénat du Second Empire.

*Le régime du légicentrisme :*

La III<sup>ème</sup> République allait être l'âge d'or du « légicentrisme », de la souveraineté de la loi. En dépit des encouragements de la doctrine, Duguit et Hauriou, notamment, les juridictions ordinaires ne se sont pas départies de leur timidité et elles ont refusé d'accepter des exceptions d'inconstitutionnalité. Une nouvelle chance fut gâchée par la IV<sup>ème</sup> République.

Certes, la Constitution mettait en place un comité constitutionnel, mais il s'agissait encore d'un organe politique présidé par le chef de l'état, composé des présidents des assemblées parlementaires et de 10 membres élus par celles-ci en dehors de leur enceinte. Si cet organisme constatait une contradiction entre une loi et la Constitution, c'est cette dernière qui devait plier. Il fallait réviser la Constitution pour pouvoir promulguer la loi qui ne perdait donc rien de sa supériorité et ne risquait ni annulation ni censure. Ce contrôle de constitutionnalité de la loi était en fait un contrôle de légalité de la Constitution.

### 2) L'installation de ce contrôle

*Le Conseil Constitutionnel :*

La Constitution de 1958 va mettre sur les rails un véritable juge de la constitutionnalité : le Conseil Constitutionnel, organe à vocation juridictionnelle mais à recrutement politique qui comprend :

- les anciens présidents de la République, qui en font partie de droit et à vie,
- trois membres nommés par le chef de l'état
- trois membres par le président de l'Assemblée Nationale
- trois par le président du Sénat.

Les choix s'effectuent librement sans contresens et sont affranchis de toute espèce de proposition, présentation.

Les membres nommés sont pourvus d'un mandat de 9 ans qui ne peut être prolongé, ils sont renouvelés par tiers tous les trois ans. Ils sont par ailleurs assurés d'un statut qui garantit leur indépendance. Ce mode de désignation a suscité à l'origine des réserves, des critiques.

La mission du Conseil Constitutionnel était d'être le chien de garde de l'exécutif, l'auxiliaire chargé de contenir le Parlement. Ses attributions :

- veiller à la police des frontières
- se prononcer sur des lois ordinaires entre leur vote et leur promulgation mais ne pouvait être saisi dans ce cas et de manière facultative que par les 4 plus hautes autorités de l'Etat : Président de la République, 1<sup>er</sup> Ministre, Président de l'Assemblée Nationale et Président du Sénat. Mais les préoccupations de ces 4 personnalités devaient être simplement d'ordre procédural.

*Le tournant de 1971-1974 :*

L'approfondissement du contrôle :

Conseil Constitutionnel, Liberté d'association (1971) : Saisi par le président du Sénat d'une loi modifiant le statut des associations, qui passaient d'un régime de déclaration à un régime d'autorisation, le Conseil se prononce pour la première fois sur le fond et non plus simplement sur la forme.

Le Conseil va se livrer à un montage acrobatique pour parvenir à ses fins :

- Il commence par viser la Constitution et notamment son Préambule.
- Il intègre aux normes constitutionnelles, on parlera bientôt de bloc de constitutionnalité, le Préambule de 1958 et les textes qu'il rappelle (la déclaration des droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946). Malheureusement, aucun de ces textes ne mentionne la liberté d'association alors le Conseil utilise un moyen détourné.
- Il utilise la formule anodine qui figure au tout début du Préambule de 1946 et qui concerne les Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République.
- Le conseil voit alors dans la liberté d'association un de ces principes fondamentaux et dans la loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1901 l'une de ces lois de la République.

L'élargissement du contrôle :

La révision constitutionnelle de 1974 permet à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le conseil d'une loi en instance de promulgation. Jusqu'alors, les saisines étaient rares ; trois des quatre autorités auxquelles elles étaient réservées étaient prisonnières de la discipline majoritaire. Le Conseil a eu du grain à moudre grâce à l'opposition parlementaire. Autant d'occasions pour le Conseil Constitutionnel qui va multiplier les décisions et élargir sa jurisprudence à de nouveaux domaines. Ce faisant, il délaisse son rôle primitif de gardien des compétences, d'auxiliaire du pouvoir exécutif pour se construire une stature de garant des libertés et des droits fondamentaux contre les abus du parlementarisme majoritaire.

### 3) Le système français

*Système par voie d'action :*

A l'opposé du système américain par voie d'exception.

*Contrôle concentré :*

Remis à un seul organe et non pas diffus à toutes les juridictions. Ce caractère, d'ailleurs, peut poser quelques problèmes épineux de contrariété de jurisprudence entre le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation.

*Contrôle est dit abstrait :*

Il ne se situe pas dans le cadre d'un procès à l'intérieur d'un litige autre que celui qui est posé. En conséquence, ses effets seront vis à vis de tous.

*Contrôle est a priori :*

Il est préventif, c'est un coup d'arrêt porté à une loi en cours de promulgation. La mise en œuvre de notre contrôle de constitutionnalité, bien qu'ouverte à l'opposition parlementaire, est réservée à un petit nombre de requérants.

## III. **Le Conseil Constitutionnel et les libertés**

Le contrôle des constitutionnalités des lois a des conséquences essentielles sur les libertés publiques.

Le Conseil Constitutionnel, à la différence de certaines cours étrangères, a une série d'attributions, qui peuvent former un ensemble important, impressionnant mais il n'a que des compétences d'attribution :

- tantôt autorité constitutionnelle
- tantôt un juge électoral
- n'est un juge constitutionnel que s'il est saisi.

### 1) Le contrôle de la régularité de la loi

Contrôle étendu, complet des lois qui lui sont soumises afin de les rendre conformes à leur mission.

- il se réserve la possibilité de faire porter son examen sur toutes les dispositions de la loi et pas seulement sur celles qui sont contestées.
- sur le fond, si le Conseil Constitutionnel se refuse à apprécier l'opportunité de la loi, il n'hésite pas à se prononcer sur l'adéquation entre la fin et les moyens retenus par le texte, voire à relever à l'imitation du juge administrative l'erreur manifeste d'appréciation commise par le législateur.
- s'agissant des libertés, le Conseil Constitutionnel va encore plus loin et s'il ne conteste pas la possibilité pour le législateur d'abroger ou de modifier une loi antérieure, il lui interdit de remettre en cause les acquis du passé relatif aux libertés.
- interdit au législateur de remettre en cause la chose jugée. Si, par exemple, le Parlement tente de reprendre sous une forme identique ou en n'ayant en substance un objet analogue une disposition jugée inconstitutionnelle, celle-ci serait censurée derechef.

### 2) Les incompétences négatives

Le Conseil Constitutionnel met aussi le législateur en garde contre lui-même. Il l'encourage à exercer pleinement sa compétence et à ne pas la délaissier au profit du pouvoir réglementaire. La pusillanimité est sanctionnée pour incompétence négative. L'imprécision est tout particulièrement sanctionnée.

Les décisions qu'il rend ont un effet déclaratoire mais il n'a en théorie pas d'autre valeur prescriptive et après la promulgation des lois tout dépend des fameux décrets d'application du pouvoir réglementaire sur lesquels le Conseil Constitutionnel n'a pas directement de prise.

### 3) La surveillance de l'application de la Loi

Cependant, par un glissement caractéristique, le droit de regard du Conseil Constitutionnel s'étend jusqu'à l'application de la loi reconnue conforme à la Constitution. Ce sont les fameuses déclarations de conformité sous réserve.

En présence de dispositions qu'il estime peu claires ou susceptibles de plusieurs interprétations, le Conseil Constitutionnel hésite à délivrer un feu vert pur et simple à la loi et il assortit sa décision favorable de nuances, de restrictions, de compléments, de conseils relatifs à leur mise en œuvre. Il réécrit la loi : on parle d'interprétation neutralisante.

Cette démarche s'adresse au gouvernement à qui elle dicte le contenu des mesures d'application qu'il devra prendre. Dans certains cas, les prescriptions du Conseil Constitutionnel sont particulièrement sévères et comportent des formules impératives.

Au total, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel irradie toutes les branches du droit, mais son action la plus spectaculaire concerne le domaine des libertés publiques.

Le Conseil Constitutionnel a consacré les libertés traditionnelles :

- liberté d'association
- libertés individuelles
- l'inviolabilité du domicile
- la dignité de la personne humaine

Le Conseil Constitutionnel a aussi encadré les droits sociaux :

- le droit à la santé
- le droit de grève
- les droits syndicaux
- le droit à un logement décent

**Thème N°5 : La police administrative**  
 (Les libertés publiques et le règlement I)

**I. La notion de police administrative**

D'un point de vue fonctionnel, elle désigne une activité de service public dont la finalité est le maintien de l'ordre public, soit en prévenant les atteintes, soit en y mettant fin. La finalité de la police administrative est plus restreinte que celle des autres activités de l'administration qui tendent à la satisfaction de l'intérêt général. La police administrative est exercée directement et unilatéralement par l'autorité administrative compétente. Les missions de maintien de l'ordre se concrétisent à la fois par :

- des activités matérielles sur le terrain (vérifications d'identité, contrôles routiers, surveillance des manifestations)
- l'édiction de normes juridiques de caractère réglementaire (réglementation de la circulation, du stationnement)
- l'édiction de norme à portée individuelle (saisie d'un livre, interdiction d'une manifestation, suspension du permis de conduire).

Il faut donc examiner le contenu de cette notion de police administrative, l'organisation de ce service et enfin, surtout, sachant que la police administrative peut être amenée à apporter des restrictions aux libertés individuelles, nous devons examiner comment la légalité des mesures de police est conditionnée par quelques règles simples et d'une règle fondamentale, la nécessité des atteintes aux libertés.

 1) La préservation de l'ordre public

La police administrative a un caractère préventif qui la différencie de la police judiciaire qui, elle, a une finalité répressive, intervient après coup.

*La conception classique :*

La police administrative a pour objet de veiller au respect de l'ordre public :

- tranquillité
- salubrité
- sécurité publique.

*Les nouvelles finalités :*

Le « bon ordre », figure dans le Code des communes, est une notion un peu plus abstraite, un peu plus générale que les trois notions traditionnelles.

Cette notion de bon ordre s'étend aux domaines les plus divers :

- l'esthétique publique rattachée à cet ordre public vise à permettre la préservation de l'environnement naturel et architectural
- le domaine de la moralité publique est aussi devenu une composante à part entière de l'ordre public ou du bon ordre surtout lorsque les circonstances locales rendent nécessaires l'intervention des autorités publiques locales (arrêt de 1959 Société des films Lutetia).
- le CE a validé l'interdiction par des maires de la pratique du lancer de nains, qu'il a considéré comme attentatoire à la dignité humaine (arrêt de 1995 Commune de Morsang-sur-Orge)
- la protection des individus contre eux-mêmes mais aussi la protection des tiers usagers de la route est un but de la police administrative.

 2) Le caractère préventif de la police administrative

*La distinction police administrative – police judiciaire :*

La police administrative a pour objet de prévenir les atteintes à l'ordre public, elle est préventive. La police judiciaire a pour mission de constater des actes, des infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves, d'en rechercher les auteurs, elle est donc répressive.

Pourtant cette distinction aveuglante s'avère, dans le concret, délicate à établir parce que :

- même personnel
- une mission de police administrative peut se prolonger par une opération de police judiciaire, et inversement

- si la police administrative est avant tout administrative, il lui arrive aussi de devenir répressive. (ex : la dispersion d'une manifestation)
- si la police judiciaire est répressive, il arrive aussi qu'elle soit préventive (ex : l'interpellation d'un individu, paraissant sur le point de commettre une infraction).

#### *La définition d'un critère finaliste :*

S'attache à l'objet de la décision ou de l'opération de police, à qualifier ainsi l'intention dans laquelle les autorités ou personnel ont agi. On se trouve en présence de la police judiciaire lorsque les décisions ou opérations à qualifier sont en relation avec une infraction pénale précise, qu'elle soit réelle ou présumée. Si les décisions ou opérations ne sont pas en relations avec une infraction pénale déterminée, elles se rattachent à la police administrative.

#### *La qualification des opérations de police :*

Les litiges relatifs aux opérations de police administratives relèvent du juge administratif ; ceux relatifs à des opérations de police judiciaire au juge judiciaire.

Le juge n'hésite pas à annuler une qualification lorsque celle-ci lui paraît erronée, ne correspond pas à la réalité. En matière de transformation d'une opération de police, la jurisprudence a proposé une règle : le juge recherche où se trouve la cause essentielle qui est à l'origine du dommage.

## **II. L'organisation de la police administrative**

### **1) La police générale**

#### *Au niveau national :*

Le 1<sup>er</sup> Ministre est l'autorité de droit commun en matière de police générale. Au surplus, et même si individuellement chaque ministre ne dispose d'aucun pouvoir réglementaire général, au delà de la simple personne du 1<sup>er</sup> Ministre, c'est tout le gouvernement qui dispose d'un pouvoir réglementaire de police.

#### *Au niveau départemental :*

C'est le Préfet qui est la cheville ouvrière de la police administrative.

- il est tenu de prendre les mesures réglementaires nécessaires au maintien ou au rétablissement de l'ordre public dans le département
- il est seul à pouvoir édicter des mesures dont le champ d'application excède le territoire d'une commune
- il a autorité sur les personnels de la police d'Etat en activité dans le département.

De son côté, le président du Conseil Général, dispose depuis les lois de décentralisation de 1982 et 1983 d'un pouvoir réglementaire en matière de police sur le domaine départemental et par suite il est compétent pour prendre les réglementations applicables à la circulation sur les routes départementales hors agglomération.

#### *Au niveau communal :*

Le maire est l'autorité de police municipale. Il est tenu de prendre les mesures réglementaires nécessaires au maintien ou au rétablissement de l'ordre public dans sa commune.

Dans les communes de plus de 10,000 habitants, la police est étatisée, elle peut l'être également dans les communes de moins de 10,000 habitants dont les besoins en matière de sécurité le justifient.

L'étatisation de la police emporte deux conséquences :

- les personnels de police sont intégrés à la fonction publique de l'Etat
- la police du maintien de la tranquillité publique est transférée au préfet.

### **2) Les polices spéciales**

A côté de la police nationale, il y a des polices spéciales. Ces polices sont dites spéciales en raison de la particularité de leur objet. Elles sont régies par des textes spécifiques :

- une catégorie particulière d'administrés (la police des étrangers)
- une catégorie particulière d'activités (la police de la chasse, de la pêche, des jeux)
- bâtiments particuliers (police des installations classées, celle des édifices menaçant ruine)
- lieux particuliers (les gares ou les aéroports)



Particularités permettant de distinguer les polices spéciales de la police générale :

- certaines polices spéciales ont pour objet la sauvegarde d'un élément particulier de l'ordre public
- des polices spéciales ne poursuivent pas les mêmes finalités que la police générale
- les autorités compétentes ne sont pas les mêmes (la police des étrangers est l'affaire du Ministre de l'Intérieur, la police du cinéma, celle du Ministre de la culture)
- recours à des techniques et à des procédures étrangères à la police générale (expulsion)

### 3) Le concours des polices

Lorsque deux pouvoirs de police générale se rencontrent, la règle est la suivante : les mesures prises par le 1<sup>er</sup> Ministre au niveau national n'exclut pas l'intervention des préfets, des présidents des conseils généraux, des maires mieux à même d'apprécier à leur niveau les besoins du maintien de l'ordre. Plus précisément, l'autorité inférieure peut dans les limites de son ressort territorial compléter les prescriptions de l'autorité supérieure, mais seulement en les aggravant et à condition que les circonstances locales le justifient.

## III. **La légalité des mesures de police administratives**

### 1) Le cadre légal

*L'obligation d'agir :*

Aussi bien lorsqu'il s'agit d'appliquer une réglementation existante qu'en l'absence de toute réglementation.

*La condition de la légalité :*

S'agissant de mesures de police qui sont potentiellement dangereuses pour les libertés, l'obligation de les motiver est particulièrement forte. La motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui sont le fondement de la décision. Sur le fond, les mesures de police ne peuvent être prises que dans le but exclusif qui leur est assigné, c'est à dire le maintien de l'ordre public.

*Le pouvoir discrétionnaire quant au choix des moyens :*

Marge d'appréciation importante.

### 2) La nécessité des mesures de police

L'autorité de police doit prendre la mesure qui lui semble nécessaire, adaptée, proportionnée au résultat recherché à savoir le maintien de l'ordre public dans le respect des libertés publiques. Il est admis que la liberté doit être la règle et la restriction de police, l'exception.

*La jurisprudence BENJAMIN :*

Une mesure de police n'est légale que si elle est nécessaire à l'ordre public. Le juge vérifie par un rapport de proportionnalité si la mesure constitue un juste équilibre entre :

- les nécessités du maintien de l'ordre
- le respect des libertés individuelles

Toute mesure disproportionnée, eu égard à la gravité des atteintes à l'ordre public, est annulée (arrêt CE BENJAMIN du 19 Mai 1933).

Benjamin, écrivain renommé même s'il est un peu oublié et s'il n'est passé à la postérité qu'en raison de ses ennuis judiciaires, avait eu le prix Goncourt en 1915. Il avait été invité par le Syndicat d'Initiative de Nevers à prononcer une conférence dont le thème n'était nullement subversif, deux auteurs comiques Courteline et Sacha Guitry. Néanmoins, la venue annoncée de Benjamin dans la ville de Nevers déclencha une certaine agitation notamment auprès du Syndicat des Instituteurs qui promettait de troubler cette manifestation et de montrer à Benjamin qu'ils réprouvaient ses prises de position sur l'école libre. Le maire, pris un peu de court, interdit cette réunion. Alors, le Syndicat d'Initiative, en accord avec Benjamin, transforma la réunion publique en réunion privée sur invitation. Celle-ci fut derechef interdite par le maire. Alors, Benjamin porta l'affaire devant le CE et celui-ci indiqua que s'il incombe au maire les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de

réunion et, en l'espèce, l'interdiction pure et simple de la réunion a été jugée excessive, eut égard à la gravité des troubles susceptibles d'être provoqués.

*Le rôle du juge – L'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle maximum de proportionnalité :*  
Certains auteurs ont cru déceler dans ce contrôle maximum, non seulement un contrôle de la légalité mais également un contrôle de l'opportunité des mesures de police. Pourtant, dans la mesure où le juge se borne à vérifier le caractère nécessaire de la mesure, eu égard aux circonstances concrètes de l'affaire, il n'y a pas vraiment de contrôle d'opportunité. Cependant, il faut bien voir que le juge distingue entre les libertés publiques et les simples facultés des individus.

L'étendue des pouvoirs de police varie en intensité selon les libertés en cause. Ces pouvoirs sont restreints lorsque les libertés sont protégées par la loi ou la Constitution, en l'occurrence les libertés publiques. Au contraire, l'étendue des pouvoirs de police est plus grande lorsque la liberté en cause est moins protégée.

*La prohibition des interdictions générales et absolues :*

Est interdite toute interdiction générale et absolue.

Le juge doit apprécier au cas par cas si cette interdiction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour le maintien de l'ordre public. Aux yeux du juge, une mesure d'interdiction est présumée illégale car il est certainement possible de parvenir au but à atteindre par une décision moins rigoureuse. Ainsi, dans l'affaire Action Française de 1935, le juge a estimé que la saisie générale du journal dans le département de la Seine n'était pas justifiée.

De même, dans un autre arrêt du CE, de 1951 Daudignac : le CE a annulé l'arrêté interdisant de façon absolue l'exercice de l'activité de photographe-filmeur en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté du commerce et de l'industrie. En revanche, le juge a reconnu la légalité d'une telle interdiction sur la route menant au Mont Saint Michel et pendant la durée de la saison touristique.

<b>Thème 6 : Les périodes de crise</b> (Les libertés publiques et le règlement II)
---

Introduction :

La nécessité de la vie de Nation prime sur tout. Notre agencement institutionnel comporte différents régimes d'exception qui tendent à pallier les problèmes, mais qui tous visent à donner plus de pouvoir à l'exécutif, et à quelque peu restreindre les libertés publiques.

## **I. L'article 16**

Le but de l'article 16 était de donner des armes au Président de la République dans une situation comme la débâcle de juin 1940. Les partenaires du Général De Gaulle dans l'élaboration de la Constitution étaient un peu méfiants, mais n'ont pas pu le faire démentir de son désir d'instaurer une sorte de dictature temporaire en cas de péril exceptionnel.

### 1) Les conditions d'application

Le Président même intérimaire (le Président du Sénat), peut mettre en vigueur l'article 16. Mais deux conditions de fond remplies de manière cumulative :

- une menace grave pesant sur l'indépendance de Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution des engagements internationaux.
- une interruption simultanée du fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels.

Le chef de l'Etat apprécie librement la gravité de ces circonstances mais doit s'entourer d'un certain nombre d'avis :

- le 1<sup>er</sup> Ministre et les Présidents des Assemblées (avis non rendus publics)
- le Conseil Constitutionnel (avis publié au journal officiel)

Ensuite, le Président doit informer les citoyens par un discours.

### 2) Les effets de l'article 16

L'article 16 est une Constitution dans la Constitution. Son application ouvre une parenthèse dans le fonctionnement normal des institutions. Il prévoit que le Président est habilité à prendre les mesures exigées par les circonstances. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leurs missions. Cette formulation interdit de réviser la Constitution grâce au pouvoirs exceptionnels.

Le Président de la République bénéficiaire de l'article 16 se substitue au gouvernement et aussi au Parlement par des actes que l'on appelle les décisions. A propos de chacune des décisions, le Conseil Constitutionnel est consulté mais cette fois son avis reste confidentiel et n'est pas publié. La décision initiale du Président de la République de recourir à l'article 16, est un acte de gouvernement insusceptible de recours juridictionnel.

En revanche, les autres décisions sont appréciées selon qu'elles portent sur les matières législatives, et elles seront dans ce cas tout aussi inattaquables que des lois, ou selon qu'elles appartiennent au domaine réglementaire, à ce moment là, on les considérera comme des règlements et elles pourront faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative.

L'article 16 ne dit rien de précis au niveau du gouvernement ; il faut en déduire qu'il continue autant que possible de fonctionner mais en respectant la priorité reconnue au Président de la République dans la remise en ordre constitutionnelle opérée grâce à l'application de l'article 16. Quant au Parlement, l'article 16 indique qu'il se réunit de plein droit pendant toute la durée d'application de cet article et l'Assemblée Nationale ne peut être dissoute.

### 3) La pratique de l'article 16

Aux premières heures du 22 Avril 1961, un putsch éclatait à Alger. Dans la journée, le Général De Gaulle, après avoir procédé de manière expresse aux consultations nécessaires, annonçait dans un message radiodiffusé et télévisé son intention de mettre en œuvre l'article 16. Le putsch prenait fin dans la nuit du 25 au 26 Avril, mais cette expérience révélait le grand problème de l'article 16 qui est celui de sa durée. En effet, pour contrer un putsch qui a duré quatre jours, et qui a démarré le 22 Avril, l'application de l'article 16 a été poursuivie jusqu'au 30 Septembre de la même année alors que toute menace avait depuis longtemps disparu.

La Constitution ne contient à cet égard aucune disposition en dehors de la lourde procédure de la haute trahison pour contraindre le Président de la République à mettre fin à un régime d'exception qui se prolonge au-delà du nécessaire.

## **II. L'état de siège**

Il s'agit d'un régime qui porte la marque de son origine, c'est-à-dire que tout est subordonné aux impératifs militaires. L'état de siège a été inventé à chaud sous la seconde République pour faire face à l'insurrection des ouvriers de Paris. Cette législation d'exception a été institutionnalisée.

*La loi du 9 Août 1849 :*

L'état de siège peut être déclaré :

- en cas de guerres étrangères
- « en cas de guerre civile, péril imminent pour la sécurité intérieure »
- « insurrection à mains armées »

*Les effets de l'état de siège :*

L'autorité militaire se substitue à l'autorité civile dans l'exercice des pouvoirs de police générale. Les tribunaux militaires deviennent compétents pour les crimes et délits contre la sûreté de l'Etat.

La jouissance de certains droits est suspendu :

- la liberté du domicile
- de la presse
- de réunion
- d'aller et venir.

L'autorité militaire a le droit de :

- proclamer un couvre feu
- faire des perquisitions de jour et de nuit dans le domicile des citoyens
- éloigner les repris de justice mais aussi les individus suspects ou tout simplement ceux qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège
- ordonner la remise des armes et des munitions
- procéder à leur recherche et à leur enlèvement
- interdire les publications et les réunions qu'elles jugent de nature à exciter ou à entretenir le désordre.

#### *Les applications :*

Les premières applications de l'état de siège en France ont été instituées pour parer à des troubles intérieurs, des révolutions en 1848, 1849 mais aussi en 1871 à propos de la Commune de Paris. Pendant chacune des deux guerres mondiales, le gouvernement a eu aussi recours à l'état de siège.

L'état de siège est décrété en Conseil des Ministres mais sa prolongation au delà de 12 jours doit faire l'objet d'une autorisation du Parlement.

### **III. L'état d'urgence**

La IV<sup>ème</sup> République a été amené à découvrir une autre méthode. L'état de siège ne paraissait pas très opportun au moment où les institutions, les autorités républicaines étaient empêtrées dans le problème algérien.

L'état d'urgence est issu de lois de 1955 et 1958.

Le régime de l'état d'urgence correspond officiellement non pas à une hypothèse de guerre mais à une hypothèse plus vague de péril imminent résultant :

- d'atteintes graves à l'ordre public
- à l'existence d'une calamité publique (inondation, tremblement de terre ...).

La loi de 1955 réservait au législateur la déclaration d'état d'urgence et prévoyait un certain nombre de dispositions qui assurait un certain contrôle parlementaire.

#### *La loi instituant l'état d'urgence :*

Peut permettre :

- à certaines autorités civiles (préfet, ministre de l'intérieur) de prendre des mesures de police exceptionnelles dans tout ou partie du territoire
- des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé,
- de limiter la circulation
- de prononcer des interdictions de séjour voire d'interner sans jugement un certain nombre de personnes.
- des perquisitions à domicile de jour, de nuit,
- le contrôle de la presse
- le contrôle des publications
- le contrôle des spectacles.

C'est donc un régime législatif, mais qui est assez favorable au gouvernement.

#### *Le contrôle juridictionnel :*

Il est limité. Concernant la durée de l'état d'urgence, la dissolution de l'Assemblée Nationale a-t-elle pour effet de mettre fin à l'état d'urgence ? Le même flottement a pu être observé à l'égard du contrôle portant sur les mesures individuelles de police. Le Conseil d'Etat n'a voulu exercer sur ces mesures d'un contrôle minimum, différent du contrôle maximum qu'il exerce vis à vis du pouvoir de police en temps normal. Le Conseil s'est borné à vérifier que les mesures d'urgence n'étaient pas prises pour des motifs étrangers au champ d'application de la loi et n'a même pas vérifié l'exactitude matérielle des faits. Mais le Conseil sanctionna l'utilisation de l'assignation à résidence pour créer des camps d'internement proscrits par le législateur.

#### *Le plan Vigipirate :*

L'état de pré-urgence a été mis en place en France dès le 2 janvier 1991 pour durée de 4 mois dans contexte de guerre du Golf. L'objectif est de prévenir une entreprise de déstabilisation intérieure menée par une puissance étrangère. Ce plan de défense consiste en une mobilisation progressive mais générale autour de la sécurité de 3 000 points sensibles du territoire. Ce plan coordonné depuis Matignon, dirigé après par différents ministres compétents, est appliqué par préfets. Il comporte 4 phases d'intensité croissante :

- alarme
- pirate
- Vigipirate
- Vigipirate renforcé.

#### **IV. La théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles**

Cette théorie autorise l'administration, lorsque des circonstances exceptionnelles surviennent à agir en dérogeant aux règles ordinaires imposées par la légalité.

##### 1) Les conditions de mise en œuvre

Il faut que :

- les circonstances révèlent une situation véritablement exceptionnelle, c'est à dire revêtant un caractère de gravité, d'anormalité, d'imprévisibilité aussi. Les guerres en sont un exemple type mais les émeutes comme les événements de Mai 1968, les grèves générales comme celles du Front Populaire ou de Novembre 1938, les cataclysmes naturels comme une irruption volcanique par exemple, peuvent être pris en compte à ce titre.
- les circonstances aient rendu impossible le respect de la légalité normale. Il faut que l'administration ne soit pas en mesure d'agir en restant dans le cadre de la légalité.

Le juge vérifie avec rigueur que ces conditions soient effectivement remplies et réunies.

##### 2) Les effets

L'administration peut se soustraire aux contraintes des règles habituelles de la légalité et, en particulier, se soustraire aux contraintes imposées par ces règles.

- les règles de compétence peuvent être négligées
- l'administration peut déroger aux règles de fond.
- elle peut prendre des mesures dont l'objet va au-delà de ce qui est acceptable en temps normal
- l'administration peut prendre des mesures dont la qualification juridique serait autre en tant normal. Ainsi, une arrestation ou un internement, qui dans le cadre de la légalité normale serait une voie de fait compte tenu de son caractère arbitraire, seraient dans le cadre des circonstances exceptionnelles, comme, par exemple, la fin de la deuxième guerre mondiale, que de simples actes administratifs soumis au contrôle du juge administratif. C'est la solution du Tribunal des Conflits dans l'affaire Dame La Murette du 25 Mars 1952.

##### 3) Le contrôle exercé par le juge

Les circonstances exceptionnelles n'étant pas un abandon complet de la légalité, le juge exerce un contrôle d'autant plus serré sur les mesures prises par l'administration.

- Le juge vérifie que les mesures étaient bien nécessaires et adaptées et l'ordre public ne peut pas justifier n'importe quoi (CE arrêt Canal du 19 Octobre 1962)
- la capacité de prendre des mesures dérogeant à la légalité ordinaire est limitée à la durée des circonstances exceptionnelles.
- le juge peut accorder une indemnisation à des particuliers lésés par des actes dommageables de l'administration sur la base par exemple du risque ou encore sur la base de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

### **Thème 7 : Les libertés publiques et les juges**

Introduction :

La théorie de la séparation des pouvoirs, bien connue depuis Montesquieu, repose sur trois piliers :

- le pouvoir exécutif
- le pouvoir législatif
- le pouvoir judiciaire

Cette coupure a donné progressivement naissance à un double ordre de juridictions, judiciaire et administrative.

## **I. L'autorité judiciaire**

### **1) L'inamovibilité (art.64)**

Ce texte reconnaît l'indépendance de l'autorité judiciaire, mais lui donne comme garant de manière singulière le Président de la République et cela au mépris de la règle de séparation des pouvoirs.

Mais le Conseil Constitutionnel fait de l'indépendance de l'autorité judiciaire un principe à valeur constitutionnelle.

La clé de cette indépendance de l'autorité judiciaire est énoncée à l'alinéa 4 de cet article 64. Il s'agit de l'inamovibilité des magistrats du siège, de ceux qui sont habilités à juger, à trancher.

Le Conseil Constitutionnel a donné à ce principe une interprétation particulièrement stricte. D'une façon générale, l'article 64 de la Constitution exige une loi organique pour fixer le statut des magistrats. L'article 34 de la Constitution place la création de nouveaux ordres de juridictions dans le domaine de la loi. Sur ce dernier point aussi, le Conseil Constitutionnel a adopté d'emblée une conception large, qui assimile ordre de juridiction à catégorie de juridictions et réserve donc l'essentiel de l'organisation judiciaire au législateur et cela au détriment du pouvoir réglementaire.

### **2) Le Conseil Supérieur de la Magistrature (art.65)**

Mais, l'indépendance de l'autorité judiciaire ne peut pas être assurée par la seule inamovibilité des magistrats. Il faut que la carrière de ceux-ci soit protégée des interventions arbitraires du pouvoir. Et c'est l'objet de l'article 65 de la Constitution. La IV<sup>ème</sup> République a créé le Conseil Supérieur de la Magistrature chargé de superviser la carrière des magistrats.

La structure, la composition et les attributions de ce Conseil Supérieur ont été largement modifiées par la révision constitutionnelle de 1993. Depuis cette date, le Conseil Supérieur de la Magistrature comprend 2 formations.

La première formation compétente pour les magistrats du siège est composée :

- du Président de la République qui reste Président du Conseil Supérieur de la Magistrature
- du Garde des Sceaux
- 5 magistrats du siège
- un magistrat du parquet, élus par leurs pairs
- un conseiller d'état
- 3 personnalités qualifiées désignées par le Président de la République et les Présidents des Assemblées parlementaires

Cette formation compétente fait des propositions d'avancement pour les hauts magistrats et donne des avis conformes sur la nomination des autres, les magistrats de moindre rang.

Présidée par le 1<sup>er</sup> Président de la Cour de Cassation, cette formation siège aussi comme conseil de discipline des magistrats du siège et on notera que pour cette tâche disciplinaire, les représentants du pouvoir exécutif, aussi haut placés soient-ils, Président de la République ou Garde des Sceaux, sont évincés.

Une seconde formation compétente à l'égard des magistrats du parquet. Elle a une composition symétrique. Cette seconde formation émet des avis simples sur les avancements et elle siège aussi en matière disciplinaire cette fois sous la présidence du Procureur Général près la Cour de Cassation.

Cette organisation est sans doute perfectible et c'est pourquoi un projet de loi constitutionnelle, voté à la fin de 1998 par l'Assemblée Nationale et par le Sénat, mais en attente de ratification

visé à accroître encore l'indépendance du Conseil Supérieur de la Magistrature, tout en le préservant d'un corporatisme excessif.

### 3) La protection de la liberté individuelle

#### *L'article 66 :*

Fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle. Le Conseil Constitutionnel a eu plusieurs fois l'occasion d'insister sur l'importance de cet article 66 de la Constitution. Notamment dans sa décision du 12 Janvier 1977 sur la fouille des véhicules automobiles. Le Conseil Constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de liberté individuelle comme un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République.

#### *Les différentes composantes de la liberté individuelle :*

- La sûreté personnelle :

Toute personne physique peut aller et venir librement, ce qui implique le droit de ne pas être accusé, arrêté et détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites pour reprendre les termes de la DDHC de 1789. La sûreté s'accompagne d'un certain nombre de prolongement.

- La liberté du domicile :

Le Code Civil énonce « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Les juges peuvent prescrire toutes mesures propres à faire cesser ou à empêcher une atteinte à l'intimité de la vie privée. Le Conseil Constitutionnel a l'occasion d'intervenir et l'inviolabilité du domicile a été consacrée par lui comme principe constitutionnel.

- La défense de la vie privée :

Le secret de la correspondance, la sûreté des communications téléphoniques est un élément de la liberté individuelle. Le Nouveau Code Pénal frappe de peines d'emprisonnement ou d'amendes ceux qui portent volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée, en captant, en enregistrant ou transmettant sans le consentement de leurs auteurs des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel.

La loi du 10 Juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications interdit les écoutes sauvages, seule l'autorité publique peut recourir aux écoutes. Pour les écoutes judiciaires, la loi autorise le seul juge d'instruction, et non pas le parquet, à les ordonner pour des affaires importantes, passibles de 2 ans d'emprisonnement au minimum. Quant à ce que l'on appelle les interceptions de sécurité, c'est à dire les écoutes administratives qui sont autorisées par le 1<sup>er</sup> Ministre, elles doivent être fondées sur des motifs légaux d'interception et ces motifs sont définis limitativement. Il s'agit de la recherche de renseignements intéressants :

- la sécurité nationale
- la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées
- la protection des intérêts économiques et scientifiques
- le terrorisme.

Le 1<sup>er</sup> Ministre décide d'une interception de sécurité sur proposition écrite et motivée des Ministres de la Défense ou de l'Intérieur ou du Ministre chargé des douanes.

La Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité :

- autorité administrative indépendante
- chargée de protéger les personnes contre les abus
- a pour mission de vérifier que les écoutes administratives sont bien autorisées et réalisées dans le respect de la loi
- dispose d'un pouvoir de recommandation à l'égard du 1<sup>er</sup> Ministre
- son rapport d'activité est rendu public chaque année
- présidée par une personnalité désignée pour 6 ans par la Président de la République
- comprend un député et un sénateur.
- a un droit d'auto saisine mais elle peut être saisie par toute personne ayant un intérêt direct et personnel.

- La liberté d'aller et de venir :

Principe constitutionnel. Elle est totale pour les nationaux français à l'exception :

- des personnes itinérantes (marchands ambulants, forains nomades)
- des personnes condamnées
- des malades mentaux
- des interdictions de séjour prononcées par le juge.

Pour se rendre à l'étranger, le citoyen français doit être muni d'un passeport, éventuellement assorti d'un visa ou d'une simple carte d'identité suivant les états. Le refus de renouvellement d'un passeport demandé par un ressortissant français, même débiteur envers le Trésor Public constitue une voie de fait (CE arrêt Jacques Plante de 1988).

- La liberté d'aller et de venir à l'égard des étrangers :

Concernant l'entrée en France des étrangers, il existe trois catégories de documents qui sont exigées.

- la carte de séjour temporaire d'une durée maximale d'un an et renouvelable
- la carte de résident délivrée discrétionnairement par l'administration, validité de 10 ans.
- une autre carte de résident qui intervient dans le cadre du « regroupement familial ».

Concernant le départ de France des étrangers, en dehors du départ volontaire qui ne soulève évidemment aucune difficulté, il existe en France depuis une bonne vingtaine d'années, des aides financières en vue d'inciter les étrangers à se réinstaller dans leurs pays d'origine.

3 mesures de départ forcé :

- la reconduite à la frontière, sanction administrative de la compétence des préfets. L'étranger doit être à même de présenter des observations écrites avant que l'arrêté de reconduite à la frontière soit pris par le préfet dans un délai donné.
- l'expulsion des étrangers qui constituent une menace grave pour l'ordre public. Personnes exclues de l'expulsion : les mineurs de 18 ans, l'étranger marié depuis au moins un an et dont le conjoint est de nationalité française, l'étranger père ou mère d'un enfant français résident en France.
- l'extradition, procédure qui autorise un état à demander à un autre état sur le territoire duquel s'est installé un de ses ressortissants de le livrer dans la mesure où l'individu poursuivi ou condamné par l'état demandeur est réclamé pour y être jugé ou pour purger sa peine.

- Le droit d'asile :

Figure dans nos institutions et notamment dans le Préambule de 1946. Le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion de souligner l'importance de ce principe de ce droit d'asile et il a fallu modifier la Constitution pour mettre la France à la fois en conformité avec la réglementation de Schengen.

#### 4) La suppression des juridictions d'exception

L'indépendance des juges peut en effet être gênante pour le pouvoir et c'est pourquoi ce dernier peut être tenté de s'en affranchir en créant des juridictions exceptionnelles. Celles-ci sont établies au mépris du principe ancien « les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne ».

Il convient de distinguer les juridictions de droit commun, qui sont en fait des juridictions d'attribution et qui connaissent un contentieux spécialisé et permanent (Tribunal de Commerce ou les Conseils de Prud'hommes), des juridictions véritablement exceptionnelles, instituées par le pouvoir en place de manière provisoire et souvent rétroactive.

#### *Le Tribunal Révolutionnaire :*

Les garanties de procédure telles que le ministère d'avocat ou l'audition de témoins ont été progressivement supprimés. Les prévenus ont été condamnés sans pouvoir se faire entendre.

#### *Autres exemples :*

- les commissions militaires sous le Consulat et le 1<sup>er</sup> Empire
- les cours prévôtales de la Restauration
- les Conseils de guerre de 1848 ou 1871
- les cours martiales et les sections spéciales du Régime de Vichy
- les tribunaux d'épuration de la Libération



La tradition libérale condamne de telles juridictions exceptionnelles dont les procédures bâillonnent les droits de la défense, méconnaît le principe de non rétroactivité de la loi pénale et dont la composition mélange souvent des juges professionnels nommés et des militaires.

*CE 19 octobre 1962 arrêt Canal :*

Dans le contexte de la fin de la guerre d'Algérie, des décisions du Général De Gaulle prises en vertu de l'article 16 ont créé un Haut Tribunal Militaire pour juger les dirigeants du putsch de 1961 et un Tribunal Militaire pour les comparses. Les déceptions éprouvées par le pouvoir quant à la sévérité de ces juridictions ont amené le remplacement par une Cour Militaire de Justice instituée par une ordonnance prise sur habilitation référendaire le 1<sup>er</sup> Juin 1962. Cette Cour Militaire de Justice était chargée de juger les auteurs et complices de certaines infractions commises en relation avec les événements d'Algérie.

Condamnés à mort par cette Cour, sans aucun recours possible, pas même un recours en Cassation le 17 Septembre 1962, l'un des dirigeants de l'O.A.S., le sieur Canal intenta devant la juridiction administrative un recours en annulation contre l'ordonnance du 1<sup>er</sup> Juin 1962. Le Conseil d'Etat se prononça avec célérité dès le 19 Octobre 1962. Le Conseil d'Etat assimile l'ordonnance prise sur habilitation référendaire aux ordonnances non ratifiées de l'article 38. Il applique donc à ces ordonnances le même régime juridique. Les ordonnances de l'article 38, avant leur ratification, ou si elles ne sont pas ratifiées subissent un contrôle. Ce contrôle juridictionnel vérifie que le pouvoir réglementaire, en établissant cette ordonnance respecte les principes généraux du droit. A cet égard, le Conseil d'Etat remarque que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> Juin 1962 porte à ce principe des droits de la défense de graves atteintes en ce qui concerne notamment la procédure prévue et surtout l'exclusion de toute voie de recours. En l'espèce, en 1962, le Conseil constate que les circonstances de l'époque ne justifiaient pas des atteintes aussi importantes et aussi graves et que le but fixé pouvait être atteint sans qu'elles fussent connues. C'est pourquoi, il a décidé d'annuler l'ordonnance du 1<sup>er</sup> Juin 1962.

5) Les failles du système et la prise en compte récente de la présomption d'innocence

Tous ces points ont été pris en compte par la loi du 15 Juin 2000 qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> Janvier 2001. Désormais, au nom de la présomption d'innocence, on a pris un certain nombre de mesures.

- la mise en détention provisoire n'est plus décidée par le juge d'instruction mais par un autre magistrat, le juge des libertés et de la détention
- un avocat est présent dès la première heure de la garde à vue
- pour se conformer à la norme européenne du double degré de juridiction, les arrêts des Cours d'Assises peuvent être frappés d'appel et ces procès qui visent à juger des crimes peuvent être donc rejugés

**II. Les juridictions administratives**

La Constitution ne fait aucune mention de ces juridictions et elle n'évoque le Conseil d'Etat qu'en tant qu'organe consultatif du gouvernement.

1) La constitutionnalisation récente des juridictions administratives

*CC Validation d'acte administratif de 1980 :*

Le Conseil Constitutionnel a déclaré l'existence et l'indépendance des juridictions administratives en se fondant sur un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République. Il a donc valeur constitutionnelle au même titre que l'article 64 relatif, lui, à l'autorité judiciaire.

L'indépendance et l'inamovibilité des membres des tribunaux administratifs sont garanties. Un Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs est compétent en matière d'avancement et de discipline.

*CC Conseil de la Concurrence de 1987 :*

Le Conseil Constitutionnel a considéré qu'il existe un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République selon lequel la juridiction administrative est compétente pour l'annulation et la réformation des actes illégaux pris par les autorités publiques. Cette réserve de compétence de la juridiction administrative ne s'exerce que dans la mesure où ne sont pas en cause les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire :

- la protection de la liberté individuelle
- de la propriété privée immobilière
- de l'état des personnes.

## 2) La réforme des procédures d'urgence

L'existence de deux ordres de juridictions a été longuement critiquée au XIX<sup>ème</sup> siècle par les libéraux. La justice administrative s'est tout de même perfectionnée au point que l'on peut maintenant comparer les moyens dont elles disposent à ceux de l'autorité judiciaire.

La loi de 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives :

- modifie profondément le régime des procédures d'urgence devant les juridictions administratives
- dote ces juridictions des moyens nécessaires pour prendre dans les meilleurs délais des mesures à caractère provisoire ou conservatoire.

L'exécution d'une décision administrative pourra être suspendue par le juge administratif des référés si un requérant :

- établit l'existence d'une situation d'urgence
- présente une argumentation propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée

Par ailleurs, le juge des référés pourra ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle il aura été porté une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge devra alors se prononcer dans les 48 h.

## 3) Le recours pour excès de pouvoir

## 4) Les principes généraux du droit

## 5) La réforme des procédures d'urgence

# Thème 8 : Les libertés publiques et l'Europe

## I. Le Conseil de l'Europe

C'est la première organisation européenne à vocation politique. Elle est aussi la première à aménager une représentation des parlementaires nationaux, à côté de celle des gouvernements. Pour cette raison, le Conseil de l'Europe constitue un modèle pour les institutions communautaires mais il n'en forme pas le noyau. Il est même extérieur à l'union européenne. Le Conseil de l'Europe devient pour beaucoup de pays l'antichambre de l'UE. Plus de 150 conventions ont été conclues dans les domaines les plus divers.

### 1) La convention européenne des droits de l'homme

Signée à Rome le 4 novembre 1950 et complétée depuis par quelques 11 protocoles additionnels. Ce texte proclame des droits économiques et sociaux :

- liberté de réunion et d'association
- le droit à des élections libres au scrutin secret et au suffrage universel
- les droits intangibles de la personne (interdiction de la torture, peine de mort, traitements inhumains ...)
- le droit à la liberté et à la sûreté
- le respect de la vie privée et familiale
- liberté de la personne
- liberté d'opinion et de conscience de religion
- l'abolition de la peine de mort
- le contrôle judiciaire des expulsions
- le droit pour toute personne de faire appel de sa condamnation devant une juridiction supérieure
- le droit de ne pas être poursuivi ou sanctionné pénalement pour une infraction pour laquelle a déjà été acquitté
- égalité des droits et des responsabilités des conjoints

Parmi tous ces droits certains sont absolus et ne souffrent donc d'aucune limitation :

- le droit à la vie
- l'interdiction de la torture
- l'esclavage et de la servitude
- le principe de non rétroactivité de loi pénale

Les autres droits sont susceptibles de restrictions.

*Les réticences et les retards de la France :*

La France, le pays des droits de l'homme, a longuement tardé avant de ratifier cette convention, elle a attendu 24 ans avant de procéder à la ratification intervenue en 1974. En 1981, la France a accepté le droit de recours individuel et la compétence de la CEDH.

*La position des juridictions françaises :*

- Le Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour apprécier la conformité d'une loi à la Convention européenne des droits de l'homme (décision de 1975 sur l'IVG).

- La position du Conseil d'Etat

De plus en plus, le Conseil d'Etat prend l'habitude de fonder ses arrêts sur la CEDH. Par exemple, les cinq arrêts que le conseil a rendu en 1988 ont confirmé le sursis à exécution de cinq ressortissants étrangers qui avaient été expulsés par un arrêté du ministre de l'intérieur.

- La position de la Cour de Cassation

Le juge judiciaire n'hésite pas à reconnaître la supériorité des traités sur la loi interne et la Cour de Cassation n'a pas davantage hésité à reconnaître que la convention de 1950 améliorerait notablement le sort des droits de l'homme en donnant tort à la loi nationale.

- Les Autorités Administratives Indépendantes

A côté des juridictions administratives ou judiciaires, existent depuis quelques décennies en France des autorités administratives indépendantes. Sous prétexte qu'elles sont indépendantes certaines de ces juridictions en ont pris à leur aise avec les principes et notamment du droit de la défense. Et bien à cet égard un arrêt de 1999 relative à la COB prend position. La Cour de Cassation a jugé que les procédures de sanction appliquées par la COB ne respectait pas les principes fondamentaux des droits de la défense.

De la même façon, la Cour de Cassation a condamné le Conseil de la Concurrence pour ne pas avoir respecté les droits de la défense lors de ses jugements pour entente illicite dans le bâtiments et travaux publics.

## 2) Les mécanismes de protection

Le grand intérêt de la CEDH réside moins dans la proclamation de ses droits que dans l'organisation d'une garantie juridictionnelle effective destinée à en assurer le respect.

*Avant le 1<sup>er</sup> Novembre 1998 :*

Le système initial imaginé en 1950 reposait sur une Commission Européenne des Droits de l'Homme, désignée par le comité des ministres et qui était saisie des requêtes étatiques ou individuelles alléguant la violation de la Convention. À condition que dans le cas des requêtes individuelles que soient épuisées toutes les voies de recours du droit national. Le rôle de la Commission Européenne des Droits de l'Homme consistait à examiner la recevabilité des requêtes et dans l'affirmative de proposer sur le fond une solution amiable.

Ce mécanisme a vécu. Il était sans doute un peu lent, compliqué et assurément perfectible.

*Depuis l'institution de la Cour Unique :*

Le protocole numéro 11, signé en 1994, met en place un nouveau système :

- la Commission Européenne des Droits de l'Homme est supprimée
- seule la Cour Européenne des Droits de l'Homme est habilitée pour intervenir pour juger une violation des droits affirmés par la convention.

Le système devient nettement et uniquement judiciaire.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme qui siège à Strasbourg est un organe permanent : les

juges européens (un juge par Etat) ont un statut qui garantit leur indépendance à l'égard des institutions européennes mais aussi à l'égard des institutions nationales de leur pays d'origine. Les juges sont élus pour 6 ans par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Les juges sont rééligibles et leur mandat s'achève dès qu'ils atteignent l'âge de 70 ans.

Ce protocole a amené un autre progrès : la Cour, en principe, ne peut être saisie qu'après épuisement des recours internes tels que cela existait depuis 1950. On y ajoutait même un délai de six mois supplémentaires à partir de la décision interne définitive. Mais, la Cour a admis depuis que dans des cas particulièrement graves, elle pouvait statuer avant que toutes les voies de recours internes fussent épuisées.

#### *Les condamnations de la France :*

Le 1er arrêt de la CEDH qui condamne la France a été rendu en 1986 à la suite d'une plainte d'un ressortissant italien Bozano qui avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion de France mais la cour a estimé que cette mesure d'expulsion s'analysait en une extradition déguisée.

Depuis lors, d'autres arrêts condamnant la France pour violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont suivi.

En 1989, la Cour de Strasbourg a condamné la France pour violation de la CEDH en raison du fait que le tribunal administratif n'avait pas entendu la cause du requérant dans un délai raisonnable.

Il faut évoquer aussi à propos des condamnations de la France un autre domaine : celui des écoutes téléphoniques. Deux arrêts de 1990.

Le 1er recours avait été présenté par un couple de commerçants époux H de la Haute-Marne, poursuivis pour dettes fiscales mais placés pendant deux jours sur surveillance électronique.

Le 2nd recours avait été introduit par M. Kruslin condamné en 1977 à la réclusion à perpétuité pour l'assassinat d'un banquier sur la base des écoutes téléphoniques effectuées par la gendarmerie.

Ces 2 arrêts rendus le même jour par la cour européenne de Strasbourg à l'unanimité ont condamné l'État français pour violation de l'article 8 de la convention européenne qui énonce « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale de son domicile de sa correspondance* ».

#### Autres condamnations :

- la police ayant maltraité un citoyen pendant sa garde à vue
- pour avoir refusé à un transsexuel le changement d'état civil qu'il réclamait
- pour ne pas avoir examiné dans un délai raisonnable la requête d'un hémophile atteint du sida après l'usage d'un produit sanguin contaminé
- pour violation des droits à la liberté d'expression
- pour violation du droit au respect de la vie privée et familiale une fois de plus dans une affaire d'écoutes téléphoniques
- pour violation de la liberté de la presse
- pour violation du droit de propriété et de la liberté d'association

## **II. L'union européenne**

#### *La Charte des droits fondamentaux et la CJCE :*

La Cour Européenne des droits de l'homme et la Convention Européenne des Droits de l'Homme se situent en marge de l'union européenne qui elle-même a succédé à la CEE.

Si la Cour européenne des droits de l'homme rend des décisions tout à fait intéressantes relativement aux libertés publiques, il faut tout de même citer dans un domaine voisin la CJCE qui siège à Luxembourg et qui a à trancher certains litiges relatifs à l'application des traités européens. Dans le cas de la communauté européenne, il faut signaler l'existence d'une Charte sociale communautaire. Cette charte garantit un certain nombre de droits :

- droit à l'emploi
- à l'amélioration des conditions de travail
- la protection sociale
- la liberté d'association
- droit à la négociation collective
- à la formation professionnelle

On ne peut que souhaiter une unification de toutes ces cours européennes, une harmonisation

encore plus prendre des principes tant relatifs aux libertés publiques que pour les droits sociaux.

## Thème n° 9 : La protection non juridictionnelle des libertés

Les Autorités Administratives Indépendantes : nouvelles formes récentes de protection non juridictionnelle des libertés à l'égard de l'administration. Ce sont des recours administratifs non contentieux. Ces techniques tendent à faire descendre l'administration de son piédestal pour la mettre au niveau et au service des administrés.

La sauvegarde des droits et libertés individuelles passe par la limitation de l'arbitraire et même de l'autonomie de l'administration.

### **I. Le médiateur de la république**

#### 1) Les origines : l'Ombudsman suédois

La première de ces institutions administratives indépendantes est le médiateur. Le médiateur de la république a été établi à l'exemple des Suédois qui dès 1809 avaient créé une institution originale : l'ombudsman. Cette institution permettait à tout citoyen de ce pays qui avait à se plaindre de l'administration de s'adresser à un ombudsman (= représentant ou mandataire) dont la tâche était de s'entremettre pour parvenir à une solution équitable.

Pendant longtemps cet exemple est resté isolé. Puis il sera imité toujours en Scandinavie :

- 1919 par la Finlande
- 1955 par le Danemark
- 1962 par la Norvège

Avec une inspiration un peu différente, la Grande-Bretagne devait aussi prendre ce chemin en 1967 en instituant un commissaire parlementaire.

Dès lors l'institution va se développer de par le monde. On compte aujourd'hui 90 pays qui se sont dotés de telles institutions :

- le protecteur des citoyens institué au Québec
- le défenseur du peuple en Espagne
- l'avocat du peuple en Autriche
- le défenseur civique en Italie
- le défenseur des droits et des citoyens en Pologne
- le médiateur français

#### 2) La création de l'institution et son développement

*La loi instituant un Médiateur fut adoptée le 3 janvier 1973 :*

La création du médiateur aura un objet précis qui est l'amélioration des relations quotidiennes entre l'administration et les administrés.

Face à une réclamation présentée par un usager, il appartiendra au médiateur de rechercher un éventuel dysfonctionnement de l'organisme public. Pour toutes ces raisons, le médiateur ne sera pas élu par le parlement comme en Suède mais nommé par décret en conseil des ministres. Le médiateur ne serait pas saisi directement par l'utilisateur mais par le truchement d'un parlementaire (député ou sénateur).

*La loi du 24 décembre 1976 :*

Elle comprend 4 dispositions.

Les deux premières resserrent les liens avec le Parlement et précisent les relations du médiateur avec les différentes juridictions :

- les parlementaires peuvent de leur propre chef saisir le médiateur d'une question relevant de sa compétence
- les présidents de l'une ou l'autre des assemblées auront la faculté de transmettre au médiateur les pétitions dont elles sont saisies.
- la faculté au médiateur, même lorsqu'une procédure juridictionnelle est engagée ou qu'une décision de justice a été rendue, de faire des recommandations à l'organisme administratif mis en cause
- en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, le médiateur peut enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer et si cette injonction n'est pas suivie d'effets de présenter au président de la république et au parlement un rapport

spécial publié au JO.

Sur deux autres point :

- l'équité : une loi appliquée même tout à fait normalement peut avoir des conséquences insupportables pour l'usager visé par la décision administrative. Dans ces hypothèses, une faculté tout à fait originale sera confiée au médiateur celle d'agir en équité.
- les réformes : le médiateur pourra suggérer une modification qui lui semblera opportun de lui apporter.

*La loi du 3 janvier 1989 :*

Elle manifeste la volonté du législateur de garantir explicitement le statut spécifique du médiateur et son indépendance et au passage elle le dote de l'appellation de « Médiateur de la République » et le qualifie d'autorité indépendante.

*La loi d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la république :*  
Accorde aux personnes morales le droit de saisir le médiateur.

### 3) Le statut du Médiateur

La loi de 1973 n'a pas créé un organisme très structuré et ne connaît qu'une personne physique, le Médiateur, qui se confond avec l'institution.

*Les différents Médiateurs :*

- Monsieur ANTOINE PINET
- Monsieur AIME PAQUET
- Monsieur ROBERT FABRE
- Monsieur PAUL LEGATTE
- Monsieur JACQUES PELLETIER
- Monsieur BERNARD STASI
- Depuis 2004, le médiateur est Jean-Pierre DELEVOYE.

*Le mode de nomination du Médiateur :*

Le Médiateur est nommé par décret du Président de la République, pris en Conseil des Ministres.

*Un statut particulièrement protecteur :*

Depuis 1989, le Médiateur de la République est qualifié expressément d'autorité indépendante, qui, dans la limite de ses attributions, ne reçoit d'instruction d'aucune autre autorité. Le Médiateur est nommé pour une période de 6 ans NON renouvelable.

Le Médiateur est de surcroît protégé par le privilège d'inamovibilité.

Le Médiateur bénéficie aussi d'une immunité juridictionnelle, il ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. A cela, vient s'ajouter un régime d'inéligibilité, il ne peut être investi d'aucun mandat électif, avec une réserve toutefois. Il conserve la possibilité d'exercer 2 mandats locaux, conseiller général ou conseiller municipal s'il les détenait antérieurement à sa nomination.

La gestion de ses crédits est soustraite aux contrôles financiers de droit commun exercés à priori sur les dépenses engagées. Le budget du Médiateur, une fois exécuté est soumis au seul contrôle à posteriori de la Cour des Comptes.

### 4) Les missions du Médiateur

Le Médiateur de la République reçoit les réclamations concernant dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et tout autre organisme investi d'une mission de service publique.

Dans la pratique, le Médiateur de la République vérifie d'abord, que la réclamation est recevable et relève bien de sa compétence. Cette vérification préalable étant faite et dans l'hypothèse où elle lui paraît fondée, il intervient ensuite auprès de l'organisme mis en cause et peut si nécessaire lui présenter une recommandation.

### *Comment saisir le Médiateur de la République ?*

3 conditions sont fixées : le Médiateur de la République est saisi par une personne physique ou morale par l'intermédiaire d'un parlementaire et, après que les démarches ont été effectuées par le réclamant auprès des organismes concernés. Aucune condition de nationalité.

### *Les correspondants départementaux : l'échelon de proximité de l'institution :*

Les délégués départementaux du Médiateur assurent des permanences régulières dans les préfectures et parfois, pour les départements importants dans d'autres villes. Ils sont en contact direct avec les réclamants qu'ils reçoivent sur simple demande. Sans disposer d'une délégation formelle de compétence, les délégués départementaux règlent rapidement et gratuitement, sans formalité, les affaires qui concernent les administrations locales. Dans un contexte qui peut être économiquement ou socialement parfois difficile, les délégués ont parfois pris l'habitude de dispenser des conseils à des usagers dépassés par des difficultés de toutes sortes.

### *Quelle est la compétence du Médiateur de la République ?*

Le Médiateur connaît des relations entre l'administration et les administrés.

2 exclusions :

- les différends entre les administrations et leurs agents
- les litiges entre particuliers

Après avoir vérifié que l'affaire est recevable, relève effectivement de sa compétence, le Médiateur de la République procède à l'examen de fond. Lorsque la réclamation lui paraît fondée, il engage avec l'administration un dialogue qui pourra conduire à présenter une recommandation à l'organisme mis en cause.

2 hypothèses autorisent l'intervention du Médiateur de la République :

- le dysfonctionnement des services administratifs
- l'atteinte à l'équité.

Chaque année, le Médiateur de la République publie un rapport. Le rapport est communiqué au Président de la République et aux parlementaires. Mais ses grandes lignes figurent souvent dans la presse et le Médiateur de la République suggère des réformes importantes.

## 5) Une magistrature d'influence

Le Médiateur de la République ne peut ni imposer, ni décider, il ne peut pas contraindre, il doit convaincre. Le Médiateur recommande une solution à l'administration quand il est saisi d'une réclamation individuelle et il propose des réformes. Il dispose de moyens d'analyse et d'investigation. Ainsi, il peut se faire communiquer tous les documents ou les dossiers concernant l'affaire à propos de laquelle il mène son enquête. Les ministres sont tenus d'autoriser les corps de contrôle à accomplir dans le cadre de leur compétence, les vérifications et enquêtes demandées par le Médiateur de la République.

Et, on notera que dans certains cas, les pouvoirs de contraintes dont dispose le Médiateur sont un peu plus marqués :

- un pouvoir de substitution : mettre un terme au comportement manifestement fautif d'un agent.
- un pouvoir d'injonction : mettre un terme à l'attitude inacceptable d'un organisme qui refuse d'exercer une décision de justice.

## 6) Le succès de l'institution

L'institution du Médiateur est un succès incontestable. Des services publics importants comme la poste ou la SNCF ont également leur Médiateur, tout comme la fédération française des sociétés d'assurances, ou encore des médias comme le Monde, Europe 1 ou France Télévision.

## **II. La Convention Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)**

### 1) L'économie de la loi du 6 Janvier 1978

La loi de 1978 a permis à la France pour une fois d'anticiper sur l'échelon européen pour la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés et des données à caractère personnel.

Il s'agit de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés, la CNIL. C'est une Autorité Administrative Indépendante disposant d'un pouvoir réglementaire dans les cas prévus par la loi.

La CNIL comprend 17 membres nommés pour 5 ans, ou s'il s'agit d'élus désignés à ce titre pour la durée de leur mandat. La CNIL dispose de services et de ressources financières propres et est surtout dotée d'attributions et de pouvoirs étendus.

## 2) Les modalités d'exercice du droit d'accès aux fichiers

Elle peut charger un ou plusieurs de ses membres ou de ses agents assistés en cas de besoin par des experts, de procéder à l'égard de tout traitement à des vérifications sur place et à se faire communiquer tous les renseignements et documents utiles à sa mission.

Elle veille dans le cadre de sa mission à l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'informatique, et notamment en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives. La CNIL est l'organisme de base, tous les fichiers doivent avoir bénéficiés de son accord. On ne peut créer un fichier sans l'assentiment de la CNIL.

De même, les citoyens peuvent s'adresser à la CNIL pour se faire communiquer les informations qui les concernent et qui figuraient dans tel ou tel fichier. La CNIL prévient aussi les croisements de fichiers.

Certains auteurs jugent cependant que cette Autorité Administrative Indépendante serait illusoire et périmée, que la CNIL manquerait de moyens, que ce type de données informatiques ne connaît pas de frontières. Il reste que cette institution a été la première de son espèce, elle a le très grand mérite d'exister.

## **III. La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)**

La loi du 17 janvier 1978 crée une autre Autorité Administrative Indépendante, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs. Cette autorité comprend 10 membres :

- 3 magistrats
- un représentant du 1<sup>er</sup> ministre
- 2 parlementaires
- 1 membre du conseil général ou municipal
- 1 professeur de l'enseignement supérieur
- 2 hauts fonctionnaires.

Elle a pour objet de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs.

La CADA donne tout d'abord son avis sur les projets d'arrêtés ministériels fixant la liste des documents qui ne sont pas communicables. Son avis est obligatoirement requis avant toute procédure contentieuse par tout administré qui conteste le refus d'une administration de lui communiquer un document administratif. Ainsi saisie d'une décision motivée de refus de communication, la CADA dispose d'un mois pour se prononcer. Le service administratif a à son tour 2 mois pour faire connaître sa position et s'il persiste dans son refus, le juge administratif saisi doit statuer dans un délai de 6 mois.

## **Thème 10 : Les libertés publiques et les citoyens**

Nous sommes en présence d'un système étendu et complet de reconnaissance et de protection des libertés publiques. Ces libertés ont été proclamées dans quelques grands textes nationaux ou internationaux :

- Déclaration des Droits de l'Homme
- Déclaration Européenne des Droits de l'Homme
- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.



Les libertés sont aussi énoncées dans un certain nombre de textes constitutionnels comme la Constitution de 1958. Mais si elles sont proclamées dans des textes, les libertés sont définies, réglementées par la loi. La loi, en matière de libertés publiques est la norme essentielle. C'est le progrès qui a été accompli dans la Révolution française. La loi est contrôlée depuis la 5<sup>ème</sup> République par le Conseil Constitutionnel afin que le législateur fasse de bonnes lois, des lois qui ne marquent pas des retours en arrière en matière de libertés. Cette conception également laisse aux règlements, c'est à dire les normes établies par le pouvoir exécutif un rôle subalterne, un rôle restreint et épisodique. Le pouvoir exécutif et ses règlements n'interviennent que pour le maintien de l'ordre. La liberté ne peut s'épanouir que si l'ordre public est établi et c'est pourquoi de temps en temps cette notion d'ordre public l'emporte, fort heureusement dans des hypothèses plutôt rares, sur la loi.

L'administration est également, dans un certain nombre de domaines contrôlés par des autorités administratives indépendantes, telles que le Médiateur de la République. Alors, si tout ce système dans son ensemble fonctionnait bien et partout, et toujours, le citoyen n'aurait guère à s'inquiéter. Seulement, il n'en est pas toujours et partout ainsi et il faut bien voir que le système peut comporter des lacunes.

Ces lacunes tiennent à ce que les garanties imaginées par les constituants et les législateurs ne sont pas parfaites. Quelque soit leur degré de minutie, les sanctions établies par le droit positif pour sanctionner les libertés sont quelques fois insuffisantes. D'une part, créer et aménager par les organes de l'Etat, ces mécanismes peuvent être transformés ou supprimer par eux. D'autre part, les mêmes mécanismes sont empreints d'un formalisme qui ne leur permet de protéger que l'idée de droit, incarnée déjà par le pouvoir étatique.

## **I. L'action des O.N.G. en faveur des droits de l'homme**

### **1) Les ONG et les libertés**

Les Organisations Non Gouvernementales ont pour modèle la première de ces organisations, c'est à dire la Croix Rouge. Beaucoup d'ONG oeuvrent dans l'humanitaire, sur ce modèle observé et on est certes un peu loin de la défense des libertés publiques encore que les deux domaines ne soient pas si éloignés l'un de l'autre.

Il existe, parmi les milliers d'ONG parsemées sur la planète, des ONG plus particulièrement dévouées à la défense des droits de l'homme, des droits fondamentaux et des grandes libertés publiques.

### **2) Amnesty International et Reporters sans frontière**

Il s'agit d'un mouvement mondial de défense des droits de l'homme dont les activités sont centrées plus particulièrement sur la défense des prisonniers d'opinion.

Créée en 1961, Amnesty International a son siège à Londres. Cette organisation a reçu en 1977 le prix Nobel de paix.

Elle regroupe plus d'un million de membres et d'adhérents, répartis dans plus de 150 pays. Amnesty International n'accepte de subvention d'aucun gouvernement car depuis sa création, elle a toujours revendiquée cette indépendance de tout Etat, gouvernement, fraction politique, idéologie ou religion.

Le propos d'Amnesty International est de mettre sous les yeux de l'opinion publique un certain nombre de faits pour que cette opinion puisse à son tour peser sur les gouvernants.

Chaque année, Amnesty International fait le point et publie un rapport très largement diffusé, vendu en librairie où l'organisation dénonce les atteintes aux droits de l'homme relevées bien sûr en Afrique, en Amérique latine, au Pacifique, au Moyen-Orient mais même en Amérique. L'emploi massif de la peine de mort y est largement dénoncé ou encore en Europe. La France a été plusieurs fois clouée aux piloris pour le manque de confort, les conditions déplorables d'un certain nombre de lieux de regroupement ou zones d'attente pour des étrangers en situation irrégulière.

Aujourd'hui les droits de l'homme, les libertés fondamentales n'ont pas de frontières et c'est la raison pour laquelle l'action d'Amnesty International ne serait pas ce qu'elle est si la presse n'était pas libre.

Dans le sillage d'Amnesty International, une autre ONG, fondée par des journalistes français est apparue depuis quelques années. Il s'agit de Reporters sans frontières qui défend la liberté de la presse et qui a imposé une journée annuelle de la liberté de la presse qui se déroule chaque année le 3 Mai et qui est devenue incontournable dans beaucoup de pays.

### 3) Greenpeace

Greenpeace est une organisation à but non lucratif présente dans 40 pays, en Europe, en Amérique du Sud et du Nord, en Asie et dans le Pacifique. Elle compte aujourd'hui près de 3 000 000 d'adhérents répartis à travers le monde.

Pour garder son indépendance, Greenpeace refuse les dons des gouvernements et des entreprises.

En tant qu'organisation mondiale, Greenpeace s'occupe avant tout des problèmes écologiques les plus critiques à l'échelle planétaire comme :

- La protection des océans et des forêts anciennes
- L'abandon des combustibles fossiles et la promotion des énergies renouvelables pour arrêter la perturbation du climat planétaire
- Le désarmement nucléaire et la fin des contaminations radioactives
- L'élimination des substances chimiques toxiques
- La prévention de la dissémination des organismes génétiquement modifiés (OGM) dans la nature.

Depuis ses premiers jours, Greenpeace est liée aux mers. Ses bateaux (Rainbow Warrior) lui sont infiniment précieux, aussi bien pour ses actions pour sauver les baleines et protéger l'environnement marin, que pour les autres campagnes comme celles contre les essais nucléaires.

## **II. Les actions individuelles : la désobéissance à la loi injuste**

Le refus d'obéissance à la loi injuste se caractérise en ce qu'il est fondé non pas tant par une violation par les gouvernants de l'idée de droit en vigueur que sur le mépris dont témoigne une mesure particulière à l'égard de la loi morale. Accessoirement, on ajoutera que la résistance à la loi injuste est l'initiative d'un seul ou d'un groupe limité.

### *La loi injuste :*

Obéir, ce n'est pas seulement se soumettre passivement, c'est plus activement s'associer à l'idée de la loi. Lorsque l'homme répugne à se soumettre aux injonctions d'une loi qu'il considère injuste, c'est parce que sa conscience repousse la loi. Elle la rejette parce qu'elle sent en s'y conformant, elle enfreindrait une règle plus respectable que toutes celles que peuvent édicter les gouvernants, c'est la règle morale.

Dans ce conflit entre deux normes de nature différente, c'est la loi morale qui doit triompher. Sans doute dans ce domaine, faut-il se montrer extrêmement prudent avant d'accuser d'injustice la loi positive, présumée juste. Mais une fois acquise la certitude contraire, lorsque la loi jugée avec un détachement absolu en dehors de tout intérêt égoïste révèle son injustice, alors le refus d'obéissance est fondé, non seulement en conscience mais encore en droit.

### *Le défaut de force obligatoire de la loi injuste :*

La loi injuste n'oblige pas parce qu'en émettant par les règles, les gouvernants ont outrepassé leurs compétences et n'ont plus aucun titre juridique à faire prévaloir leur volonté. La loi peut parfaitement être injuste et en ce cas, le fonctionnaire qui la mettrait en application commettrait une faute.

## **III. Les actions collectives : La résistance à l'oppression**

### 1) Résistance à l'illégalité

Mais, dès que l'on pense à une action plus générale, plus solidaire, on rentre dans un autre contexte, celui de la résistance à l'oppression.

### 2) La résistance et le droit positif

Face aux droits de résistance, la réglementation positive adopte deux attitudes contradictoires. Elle le confirme dans des proclamations solennelles des droits, mais elle le condamne dans toutes les procédures qui tendent à assumer la sécurité de l'Etat et des gouvernants en place. La première consécration officielle, moderne du droit de résistance se trouve dans la Déclaration de l'indépendance des USA adoptée en 1776.

Ensuite, les constituants français prendront le relais avec la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 qui range résistance à oppression parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Bien que les constituants ne répugnent pas à inscrire le droit à la résistance à l'oppression dans un texte, on ne lui reconnaît pas une valeur de droit positif. Il lui manque un critère d'applicabilité, une sanction.

### 3) La désobéissance civile : L'exemple de Gandhi

Gandhi est un petit avocat, formé à l'occidentale, dans les bonnes universités anglaises et qui avait exercé ses talents, faute de trouver des causes en Angleterre ou en Inde, au service de la communauté indienne de l'Afrique du Sud.

Après quelques années, c'est là qu'un incident dans la gare de Maritzburg va déterminer sa vocation. Il sera jeté avec violence d'un train, bien qu'il fut en possession d'un billet de 1<sup>ère</sup> classe, car le wagon où il voyageait était réservé aux blancs. Cette mésaventure le déterminera à passer à l'action.

Son action est basée sur :

- la désobéissance civile
- la non violence.

Ces actions de la défense de la communauté indienne en Afrique du Sud lui valent une grande renommée en Inde. En 1930, pour faire céder les anglais, il va déclencher la marche du sel. Le sel dans l'Inde de l'époque, colonie anglaise était un monopole du gouvernement britannique et Gandhi, à la tête de 78 disciples quitte l'ashram et se dirige vers la mer, distante de quelques 350 kilomètres. Après quelques jours de marche, ils sont plusieurs milliers à prendre du sel. Avec lui, tous les nationalistes indiens, eux aussi, ramasseront du sel sur les plages et le vendront sur les marchés. Bien sûr, les prisons sont pleines mais comment juger 60.000 personnes, le système judiciaire est bloqué. Les anglais le comprennent bien et qui progressivement, tout doucement, vont mettre en route le processus qui aboutira à l'indépendance de l'Inde en 1947 mais malheureusement aussi sa partition. Cette partition que Gandhi réprouvait, à laquelle il ne s'était pas associé officiellement, lui sera fatale. Un fanatique indien, qui ne pardonnait pas cette partition assassinera Gandhi à la fin du mois de Janvier 1948.

Mais cette action non-violente à base de grève, de grève de la faim qui a conduit Gandhi aussi a passé 2338 jours en prison aura raison de l'oppression et de l'impérialisme anglais sur la société indienne.

### **CONCLUSION**

Pour terminer et souligner une nouvelle fois le rôle des citoyens, ceux-ci ne doivent pas subir passivement ; les libertés publiques sont une conquête quotidienne. Il faut veiller soigneusement sur elles et ne passer aucune entorse qui pourrait leur être apportée.

**Libertés  
Publiques**

**Ce document comprend :**

" Document complémentaire sur l'Acte final des accords d'Helsinki du 1er août 1975

## **L'acte final des accords d'Helsinki du 1er août 1975**

L'acte final des accords d'helsinki du 1er août 1975

1) égalité souveraine, respect des droits inhérents à la souveraineté .Les Etats participants respectent mutuellement leur égalité souveraine, ainsi que tous les droits inhérents à la souveraineté, y compris le droit de chaque Etat à l'intégrité territoriale, à la liberté et à l'indépendance politique. Ils respectent le droit de chacun d'entre eux de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel.

2) Non recours à la menace ou à l'emploi de la force.

3) inviolabilité des frontières. Les Etats participants tiennent mutuellement pour inviolables toutes frontières.

4) Intégrité territoriale. Les Etats participants s'abstiennent de faire du territoire de l'un d'entre eux l'objet d'une occupation militaire ou d'autres mesures comportant le recours direct ou indirect à la force.

5) Règlement pacifique des différends entre eux par des moyens pacifiques, de manière à ne pas mettre en danger la paix, la sécurité internationale et la justice.

6) Non intervention dans les affaires intérieures. Les Etats participants s'abstiennent de toute intervention directe, indirecte, individuelle ou collective dans les affaires intérieures ou extérieures relevant de la compétence d'un autre Etat participant, quelles que soient leurs relations mutuelles. Ils s'abstiennent d'aider directement ou indirectement des activités terroristes ou subversives visant au renversement violent du régime d'un Etat participant.

7) Respect des droits de l'homme et des libertés. Les Etats participants respectent les droits de l'homme et les libertés fondamentales, y compris la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. Ils favorisent et encouragent l'exercice effectif des libertés et des droits civiques, politiques, sociaux, culturels et autres qui découlent tous de la dignité inhérente à la personne humaine.

Voici l'acte final de la conférence, signé par 33 Etats-européens- urss comprise-usa et Canada.

### **Ce qu'il faut savoir**

Ce texte est un extrait de l'acte final de la conférence pour la coopération et la sécurité en Europe, signé à Helsinki le 01 08 1975 par les chefs d'Etat ou de gouvernement de 35 Etats européens (parmi lesquels des micro-Etats comme le liechtenstein, monaco, et san Marin) et deux nord-américains (usa et Canada). Le numéro 1 soviétique, léonid Brejnev, et le président des usa .

**L'idée d'une conférence sur la sécurité en Europe remonte à 1954. L'initiative en revient aux Soviétiques, pour lesquels il s'agit essentiellement de faire reconnaître par le camp occidental l'intangibilité des frontières de l'URSS et de ses satellites. Réitérée à plusieurs reprises, la proposition russe s'est heurtée à chaque fois à deux obstacles majeurs.**

- le refus des occidentaux de reconnaître la RDA, ses frontières et celles de la pologne.
- Celui des pays du pacte de Varsovie d'inclure les Etats-Unis dans le projet.

Dans le contexte de la détente, ces 2 obstacles se sont trouvés levés au début des années 70. La conférence a commence en juillet 73. La méthode adoptée a été celle des « corbeilles » du nom du récipient à accueillir les diverses suggestions, ainsi classées en 3 groupes principaux

- 1) sécurité
- 2) coopération
- 3) droits de l'homme.

**L'acte final de la CSCE, en fait un simple procès- verbal, n'est pas un traité ayant valeur juridique, mais il est doté d'une grande portée morale et politique.**

**Le texte, tel qu'il est présenté, c'est à dire sous la forme d'extraits , pose 3 grands problèmes qui ont été au cœur de la CSCE :**

LE RESPECT DE L'INVIOABILITE DES FRONTIERES ET DE L'INTEGRITE TERRITORIALE DES ETATS .

Les soviétiques ont obtenu ici, au titre de la première « corbeille », ce qu'ils souhaitent depuis longtemps, à savoir la reconnaissance par les Occidentaux du partage de fait (non entériné à Yalta ou ailleurs, par un traité en bonne et due forme) effectué à la fin de la guerre. **Néanmoins, la RFA obtient que soit préservée la possibilité de modifications par des moyens pacifiques et par voie d'accords, afin de ne pas mettre fin à toutes perspective ultérieure de réunification.**

LE RESPECT DE LA SOUVERAINETE DE CHAQUE ETAT

Les signataires s'interdisent à l'avance de recourir à la force et d'intervenir de manière directe ou indirecte , dans les affaires des autres Etats. Cela implique certes la non-intervention dans les affaires intérieures de chacun des acteurs internationaux principe que les Soviétiques ne cessent d'affirmer depuis 1945 et au nom duquel ils répudient toute critique dirigée contre le régime communiste.

**Mais en mme temps, il y a là incontestablement , pour des pays comme la Yougoslavie, la Roumanie, voire la Pologne, un élément de protection même s'il n'est que relatif.**

LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES

En contrepartie des satisfactions données aux Soviétiques en matière de sécurité et du maintien du statu quo, les Occidentaux , qui estimaient que la CSCE faisait la part belle à l'URSS et tendait à renforcer son hégémonie en Europe de l'Est, ont fait admettre à ses représentants, au titre de la « 3 ème corbeille », le principe de la libre circulation des idées et des hommes, cela de manière certes assez vague et finalement en complète contradiction avec l'art 1 qui précise que chaque Etat est souverain et que chacun peut choisir son mode de développement politique, économique, social et culturel. En cas de critique contre l'URSS, celle-ci pourra toujours se retrancher derrière l'art 1.

**Les principes énoncés par l'art 7 ont permis par la suite aux dissidents des pays de l'est de se réclamer d'un acte qui, signé par l'URSS, affirmait le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.**

**Ayant voulu qu'une suite soit donnée à la CSCE par d'autres rencontres internationales - la première se tiendra à Belgrade en 1977- l'URSS a ainsi poussé à l'établissement d'un cadre formel ou peuvent s'exprimer des doléances contre elles même si elle peut se trancher derrière le 1er art.**

**Incontestable succès pour sa diplomatie, l'acte d'Helsinki constitue en même temps pour elle une source d'embarras sur le plan international.**